

2021
n. 2
Vol. IX

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

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-Breuer, 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, Noelia Betetos Agrelo; Angelo Bonaiti; Raffaella Dagostino; Maximilian Denicolò; Viviana Di Capua; Andrea Gemmi; Benedetta Giordano; Roberto Franco Greco; Alberto Marcovecchio; Clara Napolitano; Salvatore Palumbo; Antonio Saporito; Gloria Sdanganelli; Jacopo Vavalli.

Comitato internazionale scientifico e di referaggio

Marcos Almeida Cerredá, 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 Mastor, 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

Managing Editor

Giovanni D’Elia

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. Registrata al Tribunale di Urbino.



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

SOMMARIO

SEZIONE I

Premessa p. 1

PARTE PRIMA

Documento dei direttori della Rivista p. 3

ANTONIO BARONE, Il tempo della perequazione: il mezzogiorno nel PNRR p. 7

PARTE SECONDA (SAGGI DALLA CALL)

LUCA R. PERFETTI, Eguaglianza Vs. disuguaglianze. L'eguaglianza come «compito della Repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano p. 13

MARIA CRISTINA CAVALLARO, Divario territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti: il ruolo delle regioni in tempo di crisi p. 61

VALENTINA GIANNELLI, I contraenti (dis)uguali: note su Costituzione e limiti all'esercizio dell'autonomia negoziale p. 89

CARLA ACOCELLA E GIUSEPPE LANEVE, Città intelligenti e diritti: nuove prospettive di consumo nel prisma della socialità p. 105

BARBARA VERZICCO, Riflessioni sull'autotutela decisoria e l'inesauribilità del potere amministrativo nell'ambito delle riforme strutturali dell'emergenza pandemica p. 153

MARCO BUCCARELLA, Il divieto di discriminazione per età nei concorsi pubblici in Italia. Riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia Ue, Sez. III, n. 914 del 3 giugno 2021 in merito al requisito anagrafico previsto per l'ammissione al concorso notarile p. 177

FABIO PACINI, Disuguaglianze e tecniche legislative. Il caso di un riassetto di settore "promesso" e mai attuato p. 207

MIMMA ROSPI, La tutela del diritto di voto come argine alle disuguaglianze dopo l'emergenza pandemica p. 227

IGNAZIO IMPASTATO, Egeonia vs. sovranità: oltre lo stato di diritto per un disordine globale? Spunti su alcune forme giuridiche (cosmopolite) p. 261

BIAGIO G. DI MAURO, Una nuova stagione per le leggi provvedimento? Le leggi provvedimento nel panorama sociale e giuridico italiano dalla prospettiva dei diritti: dall'erosione del sindacato stretto di costituzionalità alla slatentizzazione della riserva di amministrazione p. 273

ALESSANDRA AMORE, lo stato interventista nello scenario del pnrr: un'organizzazione amministrativa socio sanitaria di natura egualitaria p. 317

SEZIONE II

PARTE PRIMA: DISCUSSIONI

Premessa p. 357

ANDREA CARBONE, Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Una proposta di confronto p. 359

FRANCO GAETANO COCA, Minuscolo contributo alla discussione sulle tesi di Andrea Carbone	p. 509
VINCENZO CERULLI IRELLI, Verso nuovi assetti del potere amministrativo e della tutela delle situazioni protette?	p. 515
MICHELE TRIMARCHI, Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive tra diritto sostanziale e processo. Qualche osservazione	p. 529
ENRICO ZAMPETTI, Riflessioni su processo amministrativo e situazioni giuridiche soggettive in dialogo con Andrea Carbone	p. 545

PARTE SECONDA

JAKUB HANDRLICA, Burnt by the Sun of International Administrative Law: A Sketch of a Legal Chameleon	p. 562
PAVLO V. VOVK, Amendments to the Modern Processual Form of Administrative Proceedings under Condition of Quarantine Caused by COVID-19	p. 585
CARMELA LEONE, Moral suasion and antitrust law	p. 605
FABIO G. ANGELINI, Giudice amministrativo e regolazione del settore dell'energia ...	p. 623
GRAZIANA URBANO, Riflessione sui rimedi (preventivi o successivi) previsti dall'ordinamento alle ipotesi di inesecuzione del giudicato amministrativo da parte dell'amministrazione	p. 691
MADDALENA IPPOLITO, Il Patrimonio Digitale della Cultura: un'opportunità di fruizione dei beni culturali "senza barriere"	p. 751
GIANLUCA ROMAGNOLI, L'incidenza (sostanziale) dell'azione delle c.d. Autorità indipendenti sulle dinamiche economiche dei c.d. Mercati regolamentati e le sue ragioni culturali	p. 773
BENEDETTA GIORDANO E NICOLETTA PICA, Interventi sui margini: disuguaglianze territoriali e potenzialità della sussidiarietà orizzontale	p. 793

SEZIONE III

DONATO VESE, Recensioni. Nudge: The Final Edition, R. H. Thaler and C. R. Sunstein, London, Allen Lane, Penguin, 2021, edition Final, xiv, 366 pp.; La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni, Alberto Zito, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 123 pp	p. 864
GYULA BANDI, L'ombudsman ungherese per le generazioni future	p. 876
NOELIA BETETOS AGRELO, Recensión a Lourdes de la Torre Martínez, derecho e incertidumbre: disputas metodológicas de ayer y hoy, iustel, 2020	p. 892
ENRICO MAURO, Di destra e di 'sinistra' (a proposito di Salvatore Cingari, La meritocrazia, Ediesse, Roma, 2020, pp. 249)	p. 901

SEZIONE I
PARTE PRIMA

Premessa

La sezione monografica di questo fascicolo, come già quella del nel fascicolo II/2020, è composta dalle risposte alla call-for-papers promossa dalla Rivista.

Come per l'anno precedente, si è trattato di una call-for-papers che ha avuto una lunga gestazione nel dibattito della Direzione della Rivista. Sul tema – le disuguaglianze – la Direzione della Rivista ha presentato un contributo alcuni mesi prima dell'avvio della call-for-papers – testo che viene pubblicato in apertura della prima parte della sezione; successivamente, con un contributo originale ma che risente profondamente della discussione interna alla Direzione, Antonio Barone ha presentato un'apprezzata relazione al convegno dell'associazione dei professori di diritto amministrativo (AIPDA) che la Rivista ha il piacere di pubblicare sempre nella prima parte della sezione e che vuole costituire l'apertura concettuale del dibattito. A questa prima parte segue la pubblicazione dei contributi ricevuti in esito alla call-for-papers.

Con la sezione monografica di questo fascicolo si avvia una riflessione che si vorrebbe estendere nel tempo, che metodologicamente identifica un plesso di problemi unificandoli intorno ad una parola chiave – nel caso, le disuguaglianze.

Il termine prescelto deve essere sintetico sia di una serie – in parte inesplorata – di possibilità teoriche che per diverse ragioni non sono ancora state adeguatamente esplorate – nel caso di quella di questo fascicolo, prevalentemente, la notevole influenza di elementi politici che hanno messo in ombra il suo rilievo giuridico. Per altro verso, il termine oggetto della riflessione deve collocarsi all'incrocio di un plesso di problemi, che consenta sia l'analisi critica che la ricostruzione sistematica. Inoltre, si deve trattare di un sistema di problemi che rileva criticamente quanto all'evoluzione dell'ordinamento e dei diritti della persona.

Quello che si presenta è il primo tentativo di muovere in questa direzione, non verso la creazione di un dizionario critico di termini giuridici essenziali, ma – secondo il costante sforzo della Rivista – di collocarsi lungo i crinali nei quali la relazione tra diritti, poteri e organizzazioni si trasforma, nella prospettiva di affrontare con serietà il compito del giurista rispetto alle domande della società e della persona umana.

AIPDA

**ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO
AMMINISTRATIVO**

FORUM Next Generation EU

ANTONIO BARONE, MASSIMILIANO BELLAVISTA, CHRISTINE FERRARI
BREEUR, ROSA CALDERAZZI, MARIA CRISTINA CAVALLARO, ALBERTO CLINI,
ANTONIO COLAVECCHIO, SALVATORE DETTORI, FRANCESCO FOLLIERI,
PIERPAOLO FORTE, BIAGIO GILIBERTI, ANDREA MALTONI, LUIS MEDINA
ALCOZ, MASSIMO MONTEDURO, NICOLA PIGNATELLI, LUCA R. PERFETTI,
MICHELE TRIMARCHI, GIUSEPPE TROPEA, EWALD WIEDERIN

9 aprile 2021

**DISEGUAGLIANZE TERRITORIALI INSOSTENIBILI E
DOVERI PEREQUATIVI INDEROGABILI**

L'emergenza pandemica in atto ripropone con forza il tema dei diritti fondamentali e dell'intervento pubblico per la loro garanzia, che deve essere ri-collegato ad una necessaria rilettura della sovranità, finalmente disancorata dall'ancoraggio esclusivo ed assorbente alla rappresentanza popolare. La sovranità, come delineata dalla nostra Costituzione, significa anche funzionalizzazione dell'autorità ai diritti della persona e, quindi, sguardo non neutrale e pro-attivo rispetto alla necessaria garanzia dei diritti fondamentali.

Da questa premessa concettuale, che ha innervato il dibattito promosso da PA Persona e Amministrazione, i direttori della Rivista sentono possibile avviare l'analisi della reazione europea e nazionale all'emergenza pandemica nella prospettiva tematica delle disuguaglianze ingiuste e dell'individuazione degli strumenti giuridici per il loro superamento.

Si tratta di una tematica di ampio respiro, nell'ambito della quale assume particolare importanza la questione delle disuguaglianze territoriali, che si traduce nell'inaccettabile declinazione disomogenea dei diritti fondamentali e di cittadinanza all'interno del nostro paese. Le conseguenze economico-sociali

dell'emergenza pandemica stanno aggravando drammaticamente le disuguaglianze territoriali, non soltanto in relazione allo storico, irrisolto e sempre più evidente divario nord-sud, ma anche in riferimento alle sacche territoriali di difficoltà socio-economica esistenti nel resto della Repubblica (ad esempio, le aree interne, le periferie urbane, etc.).

In questa prospettiva, osservando il problema dalla prospettiva della persona e dei suoi diritti fondamentali, non si può non avvertire come “ripresa” e “resilienza” del sistema si colleghino fortemente con il più radicato dovere giuridico di assicurare “coesione”, al contempo “economica”, “sociale” e “territoriale”, in funzione del superamento delle diseguaglianze strutturali, sicché sia la ripresa che la resilienza non possono non presupporre necessariamente doveri perequativi inderogabili; lo stesso “sviluppo sostenibile” implica il superamento degli squilibri strutturali sia sociali che territoriali.

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, in stretta connessione con il Next Generation EU, può rappresentare l'occasione per porre al centro del dibattito il tema dei doveri e degli obblighi giuridici di intervento in favore delle aree territoriali più deboli della nostra Repubblica.

Sotto questo aspetto, la declinazione dei doveri inderogabili di solidarietà economica, politica e sociale così come del principio di uguaglianza in senso sostanziale sul fronte della riduzione delle diseguaglianze territoriali non può più essere rimessa alla libera valutazione delle scelte politico-amministrative volta per volta adottate in funzione delle contingenze politico-elettorali.

Al contrario, le previsioni degli artt. 2 e 3, 2° comma, Cost. devono essere rilette unitamente alle previsioni dell'art. 119 Cost. in materia di intervento perequativo dello Stato in favore delle comunità territoriali più deboli. Tale tipologia di dovere costituzionale vincola l'esercizio sia della funzione legislativa (in cui va compresa la programmazione economico-finanziaria) che di quella amministrativa e la sua violazione non può non trovare appositi canali di giustiziabilità.

Si pone quindi, anzitutto, il problema della legittimità costituzionale delle scelte legislative elusive del dovere costituzionale di perequazione, che ancora oggi stenta ad essere realmente affrontato. La tematica è già oggetto di dibattito nell'ambito della dottrina costituzionalistica, ad esempio in riferimento alla dubbia legittimità costituzionale della programmazione permanentemente “differita” o “rimodulata” delle risorse del Fondo per lo sviluppo e la coesione.

Minore interesse su queste tematiche è stato finora mostrato dalla dottrina amministrativistica, sicché l'urgenza da parte nostra di intervenire nel dibattito.

Eppure, gli artt. 2, 3 e 119 Cost. fondano un vero e proprio dovere amministrativo inderogabile di perequazione territoriale, funzionalizzato alla riduzione delle diseguglianze territoriali. La lettura prospettata valorizza il profilo della doverosità dell'esercizio della funzione amministrativa, specie per il profilo della non dismissibilità dell'intervento perequativo e della connessa possibilità di attivazione dei meccanismi giurisdizionali contro i silenzi della pubblica amministrazione.

Peraltro, in alcuni casi, come quello della c.d. perequazione infrastrutturale, è possibile configurare un vero e proprio obbligo giuridico di intervento dello Stato, disciplinato dal legislatore in attuazione dell'art. 119, 5° comma, della Costituzione (art. 22 della legge n. 42/2009).

Tuttavia, ad oltre 10 anni dalla legge sul federalismo fiscale, il MEF ha adottato un solo decreto ministeriale attuativo delle previsioni legislative (D.M. n. 51915/2010), che a sua volta rimandava però la concreta individuazione degli interventi infrastrutturali da realizzare ad ulteriori atti amministrativi, invero mai adottati. Il legislatore è così nuovamente intervenuto in materia (con la legge di bilancio 2021), procedendo alla riformulazione di tempi e procedure di individuazione, obbligatoria, degli interventi, individuando altresì per la prima volta un apposito “Fondo perequativo infrastrutturale” nello stato di previsione

del MEF, con una dotazione complessiva di 4,6 miliardi per il periodo 2022-2033.

La riflessione da avviare non concerne solo l'*an* dell'intervento perequativo, che come detto appare indiscutibilmente obbligatorio sul piano costituzionale, ma anche il *quomodo* ed il *quantum*, con la contestuale esigenza di riaffermare la necessaria trasparenza delle scelte pubbliche, specie in materia di investimenti infrastrutturali.

Volgendo lo sguardo all'attuazione nazionale del programma europeo *Next Generation EU*, l'attenzione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza per i temi della perequazione territoriale ed infrastrutturale non può costituire oggetto di scelta libera per il pianificatore statale, che, al contrario, anche in questa sede deve rispettare il dovere amministrativo inderogabile (che, s'è detto, diventa vero e proprio obbligo giuridico in ordine all'*an*) di intervento perequativo in favore delle aree più deboli del Paese. Anche volendo prescindere dalle pur fondamentali opzioni organizzative che verranno prese per l'attuazione del PNRR, la stessa validità giuridica del piano rischia di essere messa in discussione di fronte a scelte formalmente e/o sostanzialmente elusive del dovere amministrativo inderogabile di perequazione, così come dell'obbligo giuridico di perequazione infrastrutturale; e, ribadiamo, non si tratterebbe di una discussione propriamente politica, ma di un vero e proprio contenzioso, anche sul banco dei giudici.

Il Consiglio Direttivo AIPDA ci ha meritoriamente ricordato come, attraverso la definizione del PNRR, il nostro Paese è chiamato ad effettuare "scelte" da affiancare alle riforme imposte quali pre-condizioni per l'utilizzo delle ingenti risorse finanziarie del *Next Generation EU* destinate all'Italia.

La riduzione delle disuguaglianze territoriali è un dovere che deve attraversare e connotare tutte queste scelte, che impone progetti e risorse adeguate, dalle infrastrutture ai servizi essenziali, in favore dei territori più svantaggiati del nostro Paese.

ANTONIO BARONE

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università di Catania

antobaro@libero.it

IL TEMPO DELLA PEREQUAZIONE: IL MEZZOGIORNO NEL PNRR (*)

THE TIME OF EQUALISATION: THE SOUTH IN THE NRRP

SINTESI

L'articolo discute il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) analizzando il rapporto tra disuguaglianze territoriali insostenibili e doveri perequativi inderogabili.

ABSTRACT

The article analyses the National Recovery and Resilience Plan (NRRP) by focusing on the relationship between unsustainable territorial inequalities and mandatory balancing duties.

PAROLE CHIAVE: PNRR, disuguaglianze, territori, doveri, Costituzione italiana

KEYWORDS: NRRP, inequalities, territories, duties, Italian Constitution

La riduzione del divario di cittadinanza è una delle tre priorità trasversali alle sei Missioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Secondo il Governo italiano, in particolare, *«un compito essenziale del PNRR è accompagnare una nuova stagione di convergenza tra Sud e Centro-Nord, per affrontare un nodo storico dello sviluppo del Paese. Dopo un periodo di avvicinamento delle aree del Paese dagli anni del secondo dopoguerra fino a metà degli anni '70, il processo di convergenza si è arrestato. Sono ormai più di quarant'anni che il divario, in termini di Pil pro capite, è rimasto sostanzialmente inalterato, se non aumentato»*¹.

Invero, una prima riflessione sui doveri costituzionali perequativi di fronte alle sempre più insostenibili disuguaglianze territoriali che caratterizzano il nostro Paese deve prendere le mosse da una necessaria premessa: la questione meridionale italiana, al pari della questione della riunificazione tedesca, non ri-

¹ (*) Il presente scritto deriva dall'intervento svolto in occasione del webinar AIPDA Next Generation EU, 28 aprile 2021.

Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), <https://www.governo.it>, pag. 37.

guarda e non può riguardare solo una parte del nostro Paese ed è, anzi, una priorità nazionale ed al contempo una questione di interesse europeo².

Come è stato evidenziato, questo è il tempo della politica di coesione a livello europeo, unico vero argine di fronte ai rischi connessi all'aumento drammatico dei divari territoriali in conseguenza dell'emergenza pandemica³.

L'Italia, del resto, è stata la principale destinataria dei fondi del *Next Generation EU* proprio in applicazione dei criteri di riparto di queste risorse in sede europea come il PIL, il reddito pro capite ed il tasso di disoccupazione. I meriti o, se si vuole, i demeriti della parte più debole del nostro Paese, in particolare del Mezzogiorno, hanno quindi legittimato il primato italiano nella acquisizione dei fondi europei *Next Generation*.

Su queste premesse si è sviluppata la riflessione sul rapporto tra disuguaglianze territoriali insostenibili e doveri perequativi inderogabili, condotta insieme ai componenti della Direzione della *Rivista P.A. – Persona e Amministrazione*, in occasione del dibattito lanciato dal Consiglio Direttivo dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo sul PNRR⁴.

«Ripresa e resilienza» presuppongono la coesione economica, sociale e territoriale: non ci può essere ripresa e resilienza senza coesione economica, sociale e territoriale. Lo sviluppo sostenibile, infatti, implica il superamento degli squilibri sociali, culturali e territoriali⁵.

Rispetto a queste tematiche non sembra rilevante la cancellazione del termine “Mezzogiorno” dalla Costituzione repubblicana. Proprio alla luce della riforma costituzionale del 2001, infatti, è possibile configurare un vero e proprio dovere costituzionale di assicurare la coesione tramite interventi perequativi dello Stato in favore delle comunità territoriali più deboli; un dovere costituzionale che trova fondamento negli artt. 2, 3 e 119 Cost. e che si lega direttamente con le previsioni del TFUE in materia di coesione (ad esempio, gli artt. 174 e 175).

Questo dovere costituzionale di perequazione, di assicurare la coesione tramite interventi perequativi, vincola sia il legislatore che l'amministrazione e non può non trovare appositi canali di giustiziabilità.

² Cfr. sul punto F. PANETTA, *Lo sviluppo del Mezzogiorno: una priorità nazionale*, <https://www.bancaditalia.it>; L. BIANCHI, B. CARAVITA DI TORITTO (a cura di), *Il PNRR alla prova del sud*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021. La questione della riunificazione tedesca, non a caso, ha trovato espressa menzione nel Trattato di Lisbona.

³ G. P. MANZELLA, *Il “tempo” della politica di coesione*, [Federalismi.it](https://www.federalismi.it)

⁴ AA.VV., *Disuguaglianze insostenibili e doveri perequativi inderogabili*, Forum AIPDA Next Generation EU, <https://www.aipda.it>.

⁵ Cfr. F. FRACCHIA, *La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

Sul fronte legislativo, si pensi, ad esempio, alla c.d. “clausola del 34%”, cioè all’obbligo di destinare in favore delle aree del Mezzogiorno le risorse per investimenti proporzionali almeno alla popolazione ivi residente⁶. Tale previsione non garantisce alcun intervento perequativo e stabilisce un criterio ordinario di distribuzione territoriale delle risorse pubbliche per investimenti che rischia di eludere il dettato costituzionale⁷.

Anche alcune scelte effettuate in passato possono essere rilette criticamente nella prospettiva del dovere di assicurare la coesione. La stessa fine dell’intervento straordinario per il Mezzogiorno, maturata agli inizi anni ‘90 dello scorso secolo senza un’adeguata considerazione degli effetti recessivi che questa scelta avrebbe determinato⁸, risulta di dubbia legittimità costituzionale con riferimento all’odierno contesto ordinamentale.

Sul fronte dell’Amministrazione, la prospettiva del «*dovere amministrativo inderogabile*» (di perequazione)⁹, rilancia il profilo della doverosità della funzione amministrativa, della non dismissibilità dell’intervento perequativo. Questo dovere di perequazione trova talora previsioni legislative di espressa attuazione e assume quindi i tratti dell’obbligo giuridico, con importanti conseguenze anche sul fronte della tutela processuale.

In via esemplificativa, può pensarsi al caso della c.d. perequazione infrastrutturale (mai attuata) nell’ambito del federalismo fiscale¹⁰. In questa ipotesi, l’inerzia amministrativa nell’adozione dei provvedimenti attuativi della perequazione infrastrutturale può essere contestata attraverso l’apposto rito processuale contro il silenzio della pubblica amministrazione. Parimenti, la violazione de-

⁶ Art. 7 bis del decreto legge 29 dicembre 2016, n. 243, introdotto in sede di conversione dalla legge 29 febbraio 2017, n. 18.

⁷ Su questi aspetti cfr. A. GIANNOLA, S. PREZIOSO (a cura di), *La clausola del “34%” delle risorse ordinarie a favore del Sud: una valutazione relativa al periodo 2009/2015*, www.astrid-online.it.

Sempre in via esemplificativa, si pensi alla distribuzione delle risorse per la garanzia dei servizi essenziali in violazione del vincolo di coesione (ad esempio, in materia di asili nido). La vicenda può essere ricostruita in M. ESPOSITO, *Zero al sud. La storia incredibile (e vera) dell’attuazione perversa del federalismo fiscale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2018. Parimenti rilevante è il tema dei piani di rientro dai deficit sanitari (su cui v. A. PATANÈ, *I piani di rientro sanitari. Studio sul modello solidale di regionalismo in Italia*, Pacini, Pisa, 2021), che hanno contribuito ad acuire i divari tra i Sistemi Sanitari Regionali (cfr. E. JORIO, *Il flop dei piani di rientro: un ulteriore problema per la sanità e per l’esordio del federalismo fiscale*, www.astrid-online.it).

⁸ Su questi aspetti si rinvia a G. PESCOLIDIO, *La questione meridionale in breve. Centocinquanta anni di storia*, Donzelli, Roma, 2017; P. BEVILACQUA, *Breve storia dell’Italia meridionale. Dall’ottocento a oggi*, Donzelli, Roma, 2005.

⁹ 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>.

¹⁰ Art. 22 della legge 5 maggio 2009, n. 42.

gli obblighi di perequazione infrastrutturale determina la illegittimità degli atti amministrativi in tal senso eventualmente adottati.

Anche il PNRR costituisce adempimento del dovere costituzionale di assicurare la coesione tramite interventi perequativi. Ciò spiega, tra l'altro, i riferimenti nel PNRR alla garanzia dei LEP a tutti i cittadini, a prescindere dalla residenza, con la scelta di elevare la clausola del 34% al 40%, con punte del 54% nel caso delle infrastrutture¹¹.

Nel complesso tra PNRR e altri strumenti come React UE, Fondi Strutturali, Fondi di Sviluppo e Coesione, le risorse destinate al Mezzogiorno superano i 200 miliardi di euro nei prossimi 7/8 anni¹².

Sarebbe fin troppo superficiale giungere alla conclusione per cui queste risorse non sono sufficienti per ridurre il divario di cittadinanza, per assicurare la coesione, con la conseguente inadeguatezza del PNRR ad affrontare efficacemente la mai tramontata questione meridionale.

L'analisi storica può, invece, essere utile per giungere a conclusioni più meditate.

All'indomani dell'Unità d'Italia fu lo Stato liberale ad inaugurare una straordinaria operazione di infrastrutturazione del territorio meridionale, almeno fino al 1910. In alcune parti dell'Italia Meridionale insulare le ferrovie sono ancora quelle costruite dallo Stato liberale¹³.

Volgendo lo sguardo ad un'altra epoca storica, è innegabile che, pur tra luci e ombre, tra l'inizio degli anni '50 e la metà degli '70 dello scorso secolo si è realizzato l'unico caso della storia d'Italia in cui, come è riconosciuto anche nel PNRR, il divario Nord-Sud si è effettivamente ridotto¹⁴.

Si trattò di interventi molto importanti legati a scelte politiche non contingenti, (quanto meno) di medio periodo. Peraltro, la fine dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno non può cancellare i risultati in termini di modernizzazione che, pur a fronte di importanti criticità, furono raggiunti¹⁵.

L'emergenza pandemica ha rilanciato gli interventi di coesione attraverso la perequazione nella prospettiva della loro doverosità, della loro non dismissionabilità, ricollegandosi direttamente alla garanzia dei diritti fondamentali della persona. È questo inquadramento costituzionale degli interventi di coesione

¹¹ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), cit., pag. 4.

¹² I dati sono tratti dal sito istituzionale del Ministero per il Sud e la Coesione Territoriale, <https://www.ministropersud.gov.it>.

¹³ L. D'ANTONE, (a cura di), *La rete possibile: i trasporti meridionali tra storia, progetti, polemiche*, Donzelli, Roma, 2004.

¹⁴ Cfr. G. PESCOLIDO, op. cit.

¹⁵ G. BARONE, *Mezzogiorno e modernizzazione*, Einaudi, Torino, 1986.

del PNRR che può costituire il ponte verso gli ulteriori interventi perequativi di cui (anzitutto) il nostro Mezzogiorno ha disperato bisogno¹⁶.

Nel tempo della perequazione si presenta un'occasione storica: affrontare finalmente la questione europea e nazionale dei ritardi del nostro Mezzogiorno in una prospettiva organica (quanto meno) di medio periodo, «*whatever it takes*».

¹⁶ Cfr. P.M. Busetta, *Il lupo e l'agnello. Dal mantra del sud assistito all'operazione verità*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021.

PARTE SECONDA

LUCA R. PERFETTI

Direttore scientifico di PA Persona e Amministrazione

luca.perfetti@belex.com

EGUAGLIANZA VS. DISUGUAGLIANZE

L'EGUAGLIANZA COME «*COMPITO DELLA REPUBBLICA*», LA FONDAZIONE DELL'EGUAGLIANZA NEI DIRITTI E LE CONTRASTANTI EVOLUZIONI DELL'ORDINAMENTO REPUBBLICANO

EQUALITY VS. INEQUALITIES

EQUALITY AS '*DUTY OF THE REPUBLIC*', ITS GROUNDS ON FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE INCONSISTENT OUTCOME OF THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

SINTESI

Il principio di uguaglianza, come largamente accettato, contiene sia il profilo dell'uguaglianza formale – vale a dire il divieto di discriminazioni ingiustificate – che quello sostanziale, sostanzialmente coincidente con la realizzazione delle condizioni di emancipazione dei soggetti svantaggiati. In questa seconda prospettiva, il principio di uguaglianza è stato enfatizzato più per il suo rilievo politico che di costruzione dei compiti dello Stato e di regime dell'attività dei soggetti privati.

Tramontate, con l'affermazione dell'ideologia neoliberale, della globalizzazione del mercato e della tecnologia, le spinte politiche che sostenevano la domanda di uguaglianza come pretesa nei confronti dello Stato ed a fronte della crisi fiscale dello Stato, il principio di uguaglianza ha sofferto una radicale eclissi.

Si tratta di un dato confermato dall'affermarsi della riflessione sulle singole disuguaglianze. Queste ultime identificano la persona sulla base dei suoi

rapporti economici o dei suoi specifici ruoli sociali, spezzandone l'unità. L'uguaglianza sostanziale smette, quindi, di essere una pretesa generale della persona, centrale nell'ordinamento, per lasciare posto ad azioni positive rispetto ad alcuni ruoli specifici che la persona recita nei rapporti sociali ed economici.

Il dibattito giuridico ha seguito puntualmente questa nuova direzione; chi si è dedicato al tema dell'uguaglianza sostanziale lo ha fatto ponendo il tema come domanda politica.

Sembra necessario, invece, porsi il problema del rilievo del principio di uguaglianza sostanziale come norma giuridica.

Metodologicamente, ci si propone di indicare quali siano gli elementi di cambiamento dell'ordinamento di rilievo ed indicarne il ruolo quanto al problema dell'uguaglianza.

Lo scopo del saggio è quello di indicare il rilievo propriamente giuridico dell'uguaglianza, collocandolo nella dinamica dei diritti fondamentali nella loro relazione con la Repubblica. In questa prospettiva, se nei diritti fondamentali si trattiene permanentemente una porzione della sovranità, l'uguaglianza è la misura del compito – dell'insieme degli enti pubblici e privati – di rendere disponibili prestazioni necessarie al godimento dei diritti fondamentali. Ne derivano conseguenze chiare sul regime giuridico dell'attività dei privati, sull'organizzazione e sul potere pubblico, ed una riaffermazione del ruolo centrale dei diritti fondamentali nella Costituzione e come punto di tenuta rispetto all'impoverimento delle garanzie – dei diritti e dell'uguaglianza – che la trasformazione dell'ordinamento ha portato con sé.

ABSTRACT

The principle of equality, as widely accepted, contains both the profile of formal equality - i.e. the prohibition of unjustified discrimination - and the substantial one, essentially coinciding with the realization of the conditions of emancipation of disadvantaged subjects. In this second perspective, the princi-

ple of equality has been emphasized more for its political importance than for the construction of the tasks of the State and the regime of the activity of private subjects.

With the affirmation of the neo-liberal ideology, the globalization of the market and technology and in the face of the fiscal crisis of the State, the political impulses that sustained the demand for equality as a claim on the State has suffered a radical eclipse.

This is confirmed by the emergence of reflection on individual inequalities. The latter identify the person since his economic relations or of his specific social roles, breaking the unity of person itself. Substantial equality, therefore, ceases to be a general claim of the person, central to the legal system, to make way for positive actions with respect to some specific roles that the person plays in social and economic relations.

The legal debate has punctually followed this new direction; those who have dedicated themselves to the theme of substantial equality, have done so by posing the theme as a political question.

On the other hand, it seems necessary to pose the problem of the importance of the principle of substantive equality as a pure legal norm.

Methodologically, the aim is to indicate which elements of change in the legal system are important and to indicate their role in the problem of equality.

The aim of the essay is to indicate the properly juridical importance of equality, placing it in the dynamics of fundamental rights in their relationship with the Republic.

In this perspective, if a portion of sovereignty is permanently retained in fundamental rights, equality is the measure of the task - of all public and private bodies - of making available the services necessary for the enforcement of fundamental rights.

This has clear consequences on the legal regime of the activity of private individuals, on the organization and mightiness of public powers, and a reaffir-

mation of the central role of fundamental rights in the Constitution and as a holding point with respect to the impoverishment of guarantees - of rights and equality - that the transformation of the system has brought with it.

PAROLE CHIAVE: eguaglianza – diseguaglianze – ordinamento – Costituzione – neoliberalismo – diritti fondamentali – diritto amministrativo

KEYWORDS: equality - inequalities – legal system – Constitution – neoliberalism – fundamental rights – administrative law.

INDICE: 1. La trappola del plurale. – 2. Il dibattito internazionale nella trappola del plurale. – 3. Trasformazioni dell'ordinamento ed il problema del principio di eguaglianza nella crisi della democrazia. – 4. L'affermazione dell'eguaglianza sostanziale come parte della dogmatica dei diritti fondamentali in un ordinamento pluralista. – 5. Brevi osservazioni finali sui critici.

1. La trappola del plurale.

Ci sono termini che, declinati al plurale, perdono una parte essenziale della loro sostanza; basterebbe pensare alla parola “Dio”. Mi pare che la parabola dell'eguaglianza come regola giuridica – e del suo correlativo di diseguaglianza – patisca questa sorte, forse non del tutto casualmente.

In altri termini, quel che mi pare debba essere chiarito fin dappprincipio è che – come le norme della Costituzione Italiana mostrano in modo chiarissimo – l'eguaglianza è un compito delle istituzioni che importa un raggiungimento, un'azione; non si tratta di una condizione statica. E' un dovere ⁽¹⁾ della Repubblica. La diseguaglianza ⁽²⁾, per converso, è l'ostacolo che è doveroso rimuovere, è un fatto esistente, non richiede alcuna azione per venire in essere ed, anzi, ne domanda una perché sia rimossa.

Entrambe attengono alla persona, come soggetto che avanza la pretesa all'eguaglianza ed alla rimozione delle condizioni che la impediscono. Tuttavia, la pretesa all'eguaglianza è della persona, come centro unitario di rapporti, diritti ed obblighi, di rango costituzionale; le disuguaglianze, invece, indicano solo specifiche condizioni, comportamenti, attitudini, estirpando dalla persona la

¹ Per un maggiore chiarimento sul senso di questa affermazione, M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in questa Rivista, VII (2/2020), 543 e, se si crede, di chi scrive, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 3965.

² E' più che nota l'analisi di A. SEN, *Inequality Reexamined*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1992.

pretesa all'eguaglianza in quanto tale e segmentandola in una serie di pretese, non necessariamente tra loro coerenti o, almeno, tra loro potenzialmente incoerenti.

Naturalmente, come per le libertà, la profonda sostanza giuridica del concetto di eguaglianza richiede una coerente azione politica – della società, primariamente – perché le istituzioni repubblicane adempiano quel dovere. Una società ed individui che non pretendono l'adempimento di quel dovere, potrebbe non vedere le istituzioni concretamente impegnate ad adempiervi ed il compito del giurista – di costruzione del sistema, di critica delle decisioni pubbliche, legislative o amministrative – non potrà, comunque, essere assolto senza uno sguardo realistico sulla situazione dell'ordinamento nel momento storico dato ⁽³⁾. Non credo, quindi, che un discorso strettamente giuridico sulle disuguaglianze – e, quindi, sull'eguaglianza nel senso costituzionale – possa andare disgiunto dal disvelamento dell'evoluzione dell'ordinamento in concreto e dei dispositivi che in esso sono chiaramente in atto.

Ciò che a me pare di dover notare è che il problema dell'eguaglianza, nelle diverse declinazioni ⁽⁴⁾ che hanno caratterizzato lo Stato contemporaneo e

³ Per un maggiore chiarimento su questi elementi di metodo, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Is there no alternative?*, in *Power and Democracy*, v. III, (1/2021), 92.

⁴ E' noto come ci si sia provati, a proposito di disuguaglianze (o differenze) ed eguaglianza, a categorizzare le diverse tipologie di rapporti – in tal senso, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2007, 793. Quanto all'interpretazione del principio di eguaglianza nel nostro ordinamento costituzionale, restano fondamentali C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 30; L. PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965 (nonché, successivamente, ID., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, 645); A. AGRÒ, *Commento all'art. 3*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, 133; M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1991, specialmente da 34 per la ricostruzione del dibattito.

Più recentemente, si possono vedere i saggi raccolti da F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, fas. 3; M. CARTABIA E T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, Giuffrè, 2009; A. CERRI, *Eguaglianza giuridica e giustizia politica*, Roma, Il Cigno, 2003; F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003; G. U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Annuario 1998 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova, Cedam, 1999, 94.

l'interpretazione in concreto della nostra Costituzione, negli ultimi decenni sia sostanzialmente scomparso.

La progressiva affermazione della visione neo-liberale dell'ordinamento – sui cui caratteri si tornerà più innanzi, per chiarezza e per evitare fraintendimenti – e della costruzione della società, ha reso marginale la questione dell'attuazione dell'eguaglianza – sia essa da intendersi relativa ai “punti di partenza” ⁽⁵⁾, a quelli “di arrivo” ⁽⁶⁾ o di possibile conseguimento delle *chance* ⁽⁷⁾ – come precetto costituzionale caratterizzato da una dimensione statica, sostanzialmente coincidente con la parità di trattamento, ed una dinamica, tale da ri-

⁵ Ci si intende riferire a quella che R. Dworkin chiama «*starting-gate theory of fairness*», vista da Dworkin come «*very far from equality of resources*», vale a dire la teoria per la quale l'eguaglianza (o la giustizia) richiedono che le condizioni iniziali siano uguali per tutti, per poi accettare la regola del *laissez-faire*; cfr. R. DWORKIN, *What is equality? Part 2: equality of resources*, in *Philosophy & Public Affairs*, X (1981), 283 (sul quale, comunque, A. BROWN, *Ronald Dworkin's Theory of Equality*, London, Macmillan, 2009).

⁶ Si tratta, in generale, delle concezioni di ispirazione marxista o che guardano – come avvenuto diffusamente nel nostro Paese a cavallo del passaggio di secolo – al neocontrattualismo ispirate da J. Rawls. E' noto che l'idea di J. Rawls (ID., *A theory of justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, vale a dire l'edizione rivisitata rispetto a quella originaria del 1971; ma anche ID., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 2005), la sua «*general conception of justice*» consiste nel fatto che «*all social values – liberty and opportunity, income and wealth, and the social bases of self-respect – are to be distributed equally unless an unequal distribution of any, or all, of these values is to everyone's advantage*» sicché «*is simply inequalities that are not to the benefit of all*» (*A theory of justice*, 24). Ciò si regge su due postulati (*Political Liberalism*, 5 e 6; sul quale le osservazioni critiche di J. HABERMAS, *Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls' Political Liberalism*, in *Journal of Philosophy*, 92 (1995), 128; J. RAZ, *Disagreement in Politics*, in *American Journal of Jurisprudence*, 43 (1998), 45), vale a dire (i) ogni persona ha un diritto uguale a pari diritti e libertà fondamentali, che sia compatibile con lo stesso regime per tutti gli altri e, (ii) le disuguaglianze sociali ed economiche, per poter essere accettabili, debbono soddisfare due condizioni: in primo luogo, a tutti ed in egual misura deve essere garantito l'accesso a posizioni ed uffici; in secondo luogo, devono essere previste regole che avvantaggino i membri svantaggiati della società (garantendosi in via tendenziale la condizione di uguaglianza dei punti di arrivo. Per la critica a queste opinioni, tra i molti, J. HARSANYI, *Morality and the theory of rational behavior*, in *Social Research*, 1977, 44 ora in A. SEN, B. WILLIAMS (a cura di), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, 39; E. J. ROEMER, *Theories of Distributive Justice*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1996. Radicale è la nota critica di Nozick (e celebre è l'esempio relativo al giocatore di basket Wilt Chamberlain), che si regge sull'idea che sia sufficiente la correttezza dei modi con i quali si acquista ricchezza e la si trasferisce da parte di chi la possiede legittimamente (R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1974).

Una diversa versione è ancora nella teoria – che ha trovato riscontro in Italia, sia pure non sempre consapevolmente, nel dibattito sui beni comuni – di H. STEINER, *An Essay on Rights*, Cambridge (MA), Blackwell, 1994.

⁷ Per tutti, A. SEN, *The Idea of Justice*, Cambridge (MA), Belknap Press, 2009.

chiedere, invece, disparità di trattamento dirette a rimuovere ostacoli al pieno compimento della personalità ed al godimento dei diritti fondamentali ⁽⁸⁾.

Per conseguenza, il dibattito del diritto pubblico ha sostanzialmente cessato di porsi il problema del superamento della diseguaglianza, per dedicarsi a singole – tra loro disomogenee – disuguaglianze. Nella declinazione al plurale non v'è solo la possibilità di una maggiore determinazione dell'oggetto dell'indagine – la singola diseguaglianza – ma la fondamentale perdita della sostanza dell'oggetto della riflessione.

Infatti, le singole disuguaglianze segmentano il referente concettuale dell'eguaglianza in singole dimensioni funzionali ad un rapporto economico o sociale. Solo per esemplificare, non è difficile comprendere come la diseguaglianza che la modifica dell'art. 147 *ter*, Testo Unico della Finanza (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), introdotta dalla l. 27 dicembre 2019, n. 160, intende rimediare – in tema di differenze di genere nella composizione degli organi di amministrazione di società quotate – sia di sostanza molto differente dalle previsioni della direttiva 2000/43/CE ⁽⁹⁾, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. E' altresì facilmente comprensibile come le disuguaglianze determinate dall'orientamento sessuale possano avere natura e sostanza diversa da quelle relative all'accesso ai diritti fondamentali per il cittadino ed il migrante extra-europeo.

Tuttavia, una volta sottratta all'eguaglianza la relazione, che costituisce una precisa regola costituzionale, con la dimensione normativa della persona

⁸ Per una compiuta trattazione, sia pure nella prospettiva della proporzionalità e non propriamente dell'eguaglianza, è sempre importante la lettura di S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2010, specialmente da 32 a 169.

⁹ Per maggiori indicazioni, Commissione Europea, *Beyond formal equality. Positive Action under Directives 2000/43 and 2000/78/EC*, 2007, a cura di M. DE VOS, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1679&langId=en>; D. SCHIEK, V. CHEGE, *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality*, Routledge-Cavendish, 2009; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli, 2011; E. HOWARD, *The EU Race Directive: Developing the Protection against Racial Discrimination within the EU*, Routledge, 2009; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello 'europeo' dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padova, 2008.

umana, la perdita di significato del principio costituzionale architrave del sistema appare evidente. Non è dubbio che l'ordinamento possa riequilibrare discriminazioni tra generi, accesso alla tecnologia, fruizione di servizi pubblici, aree geografiche e via enumerando. Ma se la diseguaglianza smette di riguardare la persona e diviene profilo del consumatore, dell'amministratore di società, dell'utente di servizi, dell'utilizzatore di reti telematiche, e così via, non si può che perdere il valore di regola di distribuzione delle misure a garanzia del godimento dei diritti.

E' la persona umana che, nella sua complessità e dimensione normativa, pretende per precetto costituzionale l'eguaglianza sostanziale ed impone l'adempimento del dovere di rimuovere gli ostacoli al pieno dispiegarsi della sua personalità; è la persona umana il referente concettuale dell'eguaglianza ed il luogo – giuridico – di bilanciamento ⁽¹⁰⁾ delle misure a sostegno dei diritti.

Su questo punto, al giurista positivo, non è lecito nutrire dubbi. L'art. 3 Costituzione, mentre assicura «*pari dignità sociale*» ed eguaglianza «*davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*», assegna un «*compito*» (e, dunque, un *dovere*) alla Repubblica, vale a dire «*rimuovere gli ostacoli*» che limitano «*la libertà e l'eguaglianza*» ed, impediscono, quindi «*il pieno sviluppo della persona umana*»; per altro verso, tutte le libertà e diritti della Parte Prima della Costituzione sono primariamente pretese della «*persona umana*» - sicché, ad esempio, «*la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*»; ed, ancora, per «*promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni*» (art. 119), con previsione evidentemente coerente con l'attuazione del principio di eguaglianza sostanziale.

¹⁰ Sulla distinzione tra ponderazione e bilanciamento, si veda S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, cit.

Ad avere la pretesa alla rimozione degli ostacoli al pieno sviluppo della personalità, a trattenere stabilmente porzioni essenziali della sovranità nell'ordine dei diritti fondamentali ⁽¹⁾, a legittimare le istituzioni e renderle funzionali al pieno godimento dei (suoi) diritti fondamentali è la «*persona umana*», non il maschio o la femmina, l'omosessuale o l'eterosessuale, il settentrionale o meridionale, l'abitante della metropoli o il provinciale, l'utente svantaggiato di servizi pubblici o il fruitore limitato di tecnologie, il migrante o il cittadino, e così via.

Segmentare la disuguaglianza nelle disuguaglianze è un'operazione per nulla neutra, che – per un lato – rimuove il dovere di superare i fattori che impediscono l'effettiva eguaglianza come «*compito*» della Repubblica e – per l'altro – sottrae all'eguaglianza la funzione di regola di distribuzione delle misure – sociali (soggette a regolazione) o pubbliche – dirette a «*favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona*».

¹¹ Per maggiori considerazioni su questa affermazione, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, ESI, 2011, 653; ID., *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, 850 – 875; ID., *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziari nell'Unione Europea e l'emergere del diritto comune europeo*, in *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore della cultura e dello spettacolo*, XXI, Milano, Giuffrè, 2012, 338; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 2013, 61; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, 2013, 299; ID., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2014, 53; ID., *Sistematica giuridica e controllo razionale del potere. Osservazioni intorno al problema del metodo nel pensiero di Antonio Romano Tassone e proposta in base all'ordine giuridico della società*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2015, 803; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, 1153; ID., *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, minori trattenuti e potere pubblico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016 (X), 393; ID., *Discrecionalidad administrativa y soberanía popular*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 117 (2016), 195; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017 (LXVII), 99; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappicchelli, 2017, 119; ID., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in questa *Rivista*, I (2017), 3; ID., *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2019, 199; ID., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, LXV (2019), n. 98 (1/2019), 43; ID., *L'attitudine della giraffa. Per una teoria dei diritti sociali come esercizio della sovranità, nella stagione della crisi del welfare pubblico*, in M. FRANCESCA E C. MIGNONE (a cura di) *Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 6; ID., *La pubblica amministrazione come dovere*, cit.

2. Il dibattito internazionale nella trappola del plurale.

Non è difficile rendersi conto della circostanza per la quale il dibattito giuridico si sia mosso, negli ultimi decenni, entro i confini della trappola delle disuguaglianze, al plurale. Questo profilo è molto chiaro nella letteratura giuridica nazionale.

Anche se si allarga lo sguardo fuori dei confini italiani, la realtà non muta in modo decisivo.

2.1. Alcune riflessioni dogmatiche.

Vi sono state, in tempi recenti, riflessioni estremamente importanti sul tema dell'eguaglianza in quanto tale. Sono disponibili sia ricostruzioni storiche sull'evoluzione del principio⁽¹²⁾, sia indagini molto serie che collegano la disuguaglianza sociale e l'affermazione del diritto del più forte all'emergere della violenza come strumento privilegiato di azione sociale e politica⁽¹³⁾; non manca chi⁽¹⁴⁾, rispetto alla pretesa all'eguaglianza, abbia messo in luce il rilievo – declinazione necessaria dell'eguaglianza nel pluralismo sociale ed istituzionale proprio della nostra struttura costituzionale⁽¹⁵⁾, a mio modo di vedere – del correlativo diritto alla diversità, che non può non collegarsi al rispetto della persona come titolare della pretesa all'eguaglianza, così come sono state recentemente poste in luce adeguata le differenze geografiche nel godimento dei diritti umani fondamentali⁽¹⁶⁾: si tratta, nel caso di Moyn, di lavori di densa prospettiva storica, che mettono in luce il rilievo della costruzione dello Stato sociale

¹²Ad esempio, G. DEHM, *Highlighting Inequalities in the Histories of Human Rights: Contestations over Justice, Needs and Rights in the 1970s*, in *Leiden Journal of International Law*, 2018, 1, <https://doi.org/10.1017/S0922156518000456>.

¹³F. MÜLLER, *Recht - Sprache - Gewalt: Elemente einer Verfassungstheorie*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008

¹⁴In questo senso si possono leggere i saggi raccolti in C. BRAUNER, A. FLÜCHTER, *Recht und Diversität*, Bielefeld University Press, 2020.

¹⁵Da questo punto di vista resta imprescindibile, 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*, Napoli, Jovene, 2010, 275.

¹⁶S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2018.

dalla metà del Novecento e la sua progressiva crisi – culminata nel fallimento delle potenzialità redistributive della globalizzazione – e che pongono, ad esempio rispetto al mio modo di pensare, il problema della ridotta capacità dei diritti fondamentali, in questo secolo, di porre argine alle politiche neo-liberiste ed alla loro capacità di acuire le disuguaglianze⁽¹⁷⁾; tuttavia, la critica al rilievo dei diritti fondamentali, per assumere come centrale l'egualitarismo a base economica e la necessità di redistribuzione del reddito⁽¹⁸⁾, non sembra colpire nel segno, per un lato perché non riesce chiaro – da un punto di vista pratico – per quali ragioni quest'alternativa sia destinata a maggiore successo rispetto a quella fondata sui diritti, per l'altro, da un punto di vista giuridico, perché non sembra esservi alcuna seria contraddizione tra protezione dei diritti fondamentali ed equa distribuzione della ricchezza; piuttosto, se per un verso il giurista non può prescindere dalla comprensione della situazione storica concreta in cui opera, sembra non dover nemmeno cadere nel contestualismo, limite che – invece – queste riflessioni sembrano patire.

Piuttosto, le prospettive più rigorosamente giuridiche non trascurano la dimensione propriamente legale dell'eguaglianza e l'esame degli strumenti normativi e giurisdizionali⁽¹⁹⁾ diretti a rimuovere la diseguaglianza⁽²⁰⁾, l'individuazione di diseguaglianze rispetto al potere pubblico ed a quello economico ed il rilievo degli strumenti di diritto civile⁽²¹⁾, la centralità delle Costituzioni dal punto di vista metodologico ed interpretativo – e con chiarezza nell'uso del linguaggio⁽²²⁾ –, la profonda relazione tra diseguaglianza strutturale e metodo

¹⁷ Sul libro in questione, si vedano le riflessioni di I. KAMPOURAKIS, *Samuel Moyn, Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, in *Modern Law Review*, 229 (2020) 83; J. PITTS, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World, by Samuel Moyn*, in *Political Theory*, 267 (2019), 47; M. VERSTEEG, *Can Rights Combat Economic Inequality?*, in *Harvard Law Review*, 133 (2020), 2017.

¹⁸ Tesi, questa, che appariva meno centrale in S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 2010.

¹⁹ C. FRANCK, *Le principe d'égalité*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, 191.

²⁰ N. BURGI-GOLUB, *Égalité, équité. Les catégories idéologiques des politiques publiques*, in *Politix. Revue des sciences sociales du politique*, 34 (1996), 47.

²¹ F. GIROUX, *De la société civile à l'État : l'irruption de l'inégalité*, in *Philosophiques*, 1984, 2.

²² In argomento, R. G. MANRIQUE, *La semántica confusa de la igualdad*, in *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33 (2010), 591.

giuridico utilizzato, a seconda che si ricorra alla sistematica individualista ⁽²³⁾ o alla prospettiva relazionale propria del quadro costituzionale ⁽²⁴⁾.

2.2. Le disuguaglianze.

Tuttavia, il dibattito si è largamente concentrato su singoli profili della disuguaglianza.

In questo senso vanno considerati i contributi concentrati sulle disuguaglianze che l'ordinamento obiettivamente ⁽²⁵⁾ presenta nei confronti dei migranti, con il rilievo del problema del multiculturalismo ⁽²⁶⁾, ovvero delle minoranze religiose ⁽²⁷⁾.

Allo stesso modo, anche con riguardo alle discriminazioni tra uomo e donna tra i migranti ⁽²⁸⁾, la letteratura si è dedicata alle disuguaglianze di genere

²³ Sull'eguaglianza come questione fondamentale di metodo anche J. ROSENSTOCK, *Vom Anspruch auf Ungleichheit: über die Kritik am Grundsatz bedingungsloser Menschengleichheit*, Velbrück Wissenschaft, 2015, che bene illustra come la riflessione critica sul principio di eguaglianza sia sostanzialmente mancata.

²⁴ C. RÖHNER, *Ungleichheit und Verfassung: Vorschlag für eine relationale Rechtsanalyse*, Velbrück Wissenschaft, 2019.

²⁵ Ci si è permessi di concentrarci su questi profili nei lavori di chi scrive *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, minori trattenuti e potere pubblico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016 (X), 393; *Migrant's fundamental rights and public power under the Italian legal framework*, con F. ROTA, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, 919; *Massnahmevorschriften and Emergency powers in contemporary Public Law*, in *The Lawyer Quarterly, Institute of State Law of Czech Academy of Science*, X (n. 1/2020), 23; *I migranti portatori di una domanda di legalità*, in *Giustamm*, XV, Agosto 2018, n. 8 - 2018 [5916].

²⁶ S. COURTOIS, *Égalité de traitement et multiculturalisme*, in *Revue Philosophique de Louvain*, 2010, 205.

Sulle questioni poste dal multiculturalismo in relazione alla garanzia dei diritti individuali, deve essere considerato D. LAMBELET COLEMAN, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: the Liberal's Dilemma*, in *Columbia Law Review*, 1996, 1093.

²⁷ In argomento, S. PEI, *Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights*, in *Yale Law Journal*, 122 (2012), 1089, che esamina la tendenza a promulgare leggi proibitive dell'uso del velo islamico nei luoghi pubblici, con particolare considerazione dei problemi che si pongono alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed alla sua nascente giurisprudenza in tema di non discriminazione su base religiosa.

²⁸ Y. RIANO, *Inégalité des chances entre femmes et hommes, entre migrants et non-migrants. Une perspective intersectionnelle*, in *Terra Cognita, Swiss Journal of Integration and Migration*, 2021, 24.

(²⁹), anche con riferimento all'elaborazione giurisprudenziale (³⁰), ovvero di orientamento sessuale (³¹).

Particolarmente nella letteratura nord americana è sempre presente la riflessione sulle diseguaglianze razziali, vuoi in relazione a provvedimenti puntuali (³²), vuoi mettendo in luce la possibile funzionalizzazione delle misure a vantaggio delle minoranze all'interesse della maggioranza (³³) e, comunque, la persistenza dei meccanismi di vantaggio per le maggioranze (³⁴).

Si correla alla questione delle disuguaglianze su base razziale anche quella concernente l'accesso all'istruzione – che, a sua volta, involge altri due tipi di discriminazioni settoriali, vale a dire quelle su base territoriali ed in relazione alle possibilità economiche. I temi si possono collegare per via della differente capacità dei diversi territori di attrarre risorse economiche da dedicare all'istru-

²⁹ C. KULLER, *Ungleichheit der Geschlechter*, H. G. HOCKERTS, W. SÜSS (Hrsg.), *Soziale Ungleichheit im Sozialstaat: Die Bundesrepublik Deutschland und Großbritannien im Vergleich*, Oldenbourg Verlag München 2010, 65.

³⁰ S. DZIOBON, *Genre, inégalité et limites du droit*, in *Droit et Société*, 1997, 277, prevalentemente concentrata sui precedenti giurisprudenziali.

³¹ D. NEJAIME, *Marriage Inequality: Same-Sex Relationships, Religious Exemptions, and the Production of Sexual Orientation Discrimination*, in *California Law Review*, 100 (2012), 1169, prevalentemente sui matrimoni omosessuali.

³² Come il recente Lavoro di E. MACHEFSKY, *The California Act to Save [Black] Lives? Race, Policing, and the Interest-Convergence Dilemma in the State of California*, in *California Law Review*, 109 (2021), 1959, principalmente dedicato al California Act to Save Lives del gennaio 2020, limitando il diritto della polizia di uccidere persone alle ipotesi in cui ciò sia «*necessary in defense of human life*», ponendolo in relazione alla diversa applicazione che se ne fa nei confronti di neri e latini.

E' anche interessante il recente studio di S. TOFIGHBAKSH, *Racial Gerrymandering after Rucho v. Common cause: untangling Race and Party*, in *Columbia Law Review*, 120 (2020), 1885.

³³ Così A. RAHIM, *Diversity to Deradicalize*, in *California Law Review*, 108 (2020), 1423, che sostiene – nella sostanza – che le misure di integrazione universitaria delle minoranze razziali siano decisamente influenzate dai «*benefici educativi della diversità*», vale a dire nel vantaggio che le maggioranze avrebbero nell'esposizione alla relazione con le minoranze razziali, che conferisce ai bianchi il vantaggio dell'esposizione alle opinioni degli studenti di colore, necessaria per conservare la leadership efficace in una società sempre più multirazziale.

³⁴ R. R.W. BROOKS, *The Banality of Racial Inequality*, in *Yale Law Journal*, 124 (2015), 2626, Recensione a D. ROITHMAYR, *Reproducing Racism: How Everyday Choices Lock in White Advantage*, New York, New York University Press, 2014.

zione ⁽³⁵⁾, restando rilevanti le differenze di classe e censo ⁽³⁶⁾ e provenienza etnica ⁽³⁷⁾.

Allo stesso modo, le disuguaglianze territoriali mettono in luce l'asimmetria tra la globalizzazione economica relativa al capitale ed agli investimenti e la ridotta mobilità delle persone – senza che ordinariamente si consideri la violenta limitazione imposta dalle legislazioni nazionali alla migrazione ⁽³⁸⁾. In generale, come il documento dei direttori di questa *Rivista* pubblicato in apertura si sforza di porre in luce, le disuguaglianze territoriali hanno rilievo da molti punti di vista. Evidente quello tra Nord e Sud del Paese⁽³⁹⁾, ed, in generale, in tutte le ipotesi di discriminazioni nell'allocazione delle risorse, delle infrastrutture, delle possibilità educative, di trasporto, economiche, di assistenza sanitaria, tra aree geografiche della stessa nazione o tra nazioni.

Non deve essere trascurato il profilo – recentemente avvertito sul fronte della disuguaglianza digitale e tecnologica ⁽⁴⁰⁾ – della discriminazione tra città e provincia, tra centri e periferia; siamo, con tutta evidenza, di fronte ad un fenomeno mondiale di concentrazione della popolazione nelle città e questo feno-

³⁵ M. RAZZANO, *Unequal Access: How Debt Exacerbates Inequality in Education Financing*, in *California Law Review*, 108 (2020), rispetto alle disparità geografiche nel finanziamento delle scuole e accesso ad esse.

³⁶ R. SAGELSDORFF, *Soziale Ungleichheit in derflexibilisierten Berufsbildung Erweiterte Kompetenzanforderungen undmilieuspezifische Passungsverhältnisse in Lehrbetriebsverbänden*, Budrich UniPress Ltd., Opladen Berlin, 2018.

³⁷ K. COOPER, *Why and how U.S. Law schools ought to promote inclusion of black scholars and legal practitioners in chinese legal studies programs*, in *Columbia Law Review*, 120 (2020), 250.

³⁸ E' il tema affrontato da S. SARKAR, *Capital Controls as Migrant Controls*, in *California Law Review*, 109 (2021) che mette in luce il trattamento differenziato del capitale e del lavoro, giacché la legge permette al capitale finanziario, ma non alle persone, di muoversi liberamente attraverso le frontiere; gli studiosi, contentandosi del profilo della libera circolazione delle persone all'interno dell'economia dell'Unione Europea o degli Stati Uniti, hanno del tutto trascurato le restrizioni legali sui migranti, in particolare quando i migranti stessi sono considerati illegali.

³⁹ La questione meridionale non ha trovato, da un punto di vista giuridico, grande attenzione negli ultimi decenni. Fanno eccezione le *Lezioni sul meridionalismo. Nord e Sud nella storia d'Italia*, Bologna, Il Mulino, 2016, raccolte da S. CASSESE, che, tuttavia, affrontano il tema più dal punto di vista storico e politico.

Il tema è stato recentemente affrontato da A. ROMEO, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario Nord Sud nell'Italia del nuovo millennio*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 807.

⁴⁰ Sulla quale, N. ZILLIEN, *Digitale Ungleichheit: neue Technologien und alte Ungleichheiten in der Informations- und Wissensgesellschaft*, VS Verl. für Sozialwiss., Wiesbaden, 2006.

meno si collega ad una mobilità sociale, economica, educativa delle città che non solo le rende attrattive, ma che conforma l'organizzazione sociale in modo estremamente più aperto, solidale, orientato al futuro rispetto a territori, anche strettamente contigui, che, invece, avvertono la loro esclusione dall'insieme di queste possibilità, unita alla perdita di possibilità economiche, all'idea che in queste aree siano prevalentemente dislocate le funzioni meno desiderabili nella metropoli, determinando strutture sociali e loro espressioni politiche quasi opposte. Questi fenomeni non sembrano affrontati con adeguate politiche redistributive⁽⁴¹⁾.

Egualemente rilevanti – e collegati non di rado alle diseguaglianze territoriali – sono i profili relativi alla diseguaglianza previdenziale⁽⁴²⁾, concernente l'assistenza sanitaria – con conseguenze evidenti sulla qualità e speranza di vita⁽⁴³⁾ – ovvero la disabilità⁽⁴⁴⁾.

Infine, soprattutto nella letteratura nord-americana, sulla base della sua lunga tradizione di analisi del concreto equilibrio tra Federazione e singoli Stati, è profonda l'attenzione sulle diseguaglianze finanziarie e fiscali, sia ricercando soluzioni per superarle⁽⁴⁵⁾, sia ponendo la debita attenzione all'orientamento

⁴¹ Sul problema della redistribuzione della ricchezza, in generale, S. KRÜGER, *Soziale Ungleichheit: private Vermögensbildung, sozialstaatliche Umverteilung und Klassenstruktur*, VSA Verlag, Hamburg, 2017.

⁴² In argomento, L. LEISERING, C. MARSCHALLEK, *Zwischen Wohlfahrtsstaat und Wohlfahrtsmarkt Alterssicherung und soziale Ungleichheit*, in H. G. HOCKERTS, W. SÜSS (Hrsg.), *Soziale Ungleichheit im Sozialstaat: Die Bundesrepublik Deutschland und Großbritannien im Vergleich*, Oldenbourg Verlag München 2010, 89.

⁴³ S. TRABANINO, *Health, Law, And Ethnicity: The Disability Administrative Law Judge And Health Disparities For Disadvantaged Populations*, in *California Law Review*, 108 (2020), ad esempio, mette in luce come le disuguaglianze relative alla disponibilità di servizi sanitari siano fattori determinanti la qualità della vita e la speranza ch'essa sia lunga; mentre la *Social Security Administration* (SSA) pubblica dati inequivoci sul punto e realizza programmi diretti a ridurre le diseguaglianze, Trabanino lamenta la completa disattenzione dei giuristi su queste questioni.

⁴⁴ A.D. MARRA, *Anti-discrimination Law In Italy: Five Years Later*, in *Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, VI (2012), 251.

⁴⁵ R. A. SCHAPIRO, *States of Inequality: Fiscal Federalism, Unequal States, and Unequal People*, in *California Law Review*, 108 (2020), 5, dedicato alle possibili soluzioni per superare l'ineguaglianza fiscale tra gli Stati dell'Unione, mettendo in luce i difetti dei sistemi attualmente teorizzati o utilizzati, preferendovi un sistema di finanziamenti di scopo.

alla sostenibilità ed all'impatto sociale degli investimenti ⁽⁴⁶⁾, sia proponendo argomentate critiche al legislatore ⁽⁴⁷⁾.

2.3. Disuguaglianze e democrazia.

L'idea stessa di democrazia si collega strutturalmente sia con il principio di eguaglianza – inteso come divieto di discriminazione – sia con la pretesa giuridica all'eguaglianza.

Tuttavia, è un fatto largamente riconosciuto che proprio nelle democrazie occidentali avanzate, i livelli – anche endemici ⁽⁴⁸⁾ – di disuguaglianza si siano ampliati negli ultimi decenni, in contraddizione aperta con l'aspettativa propria dei regime democratico; allo stesso modo, proprio questi Stati hanno per lo più limitato – quando non negato – condizioni di eguaglianza ad intere categorie di nuovi arrivati entro le loro giurisdizioni, sia per ragione delle norme dettate relativamente ai migranti, sia in considerazione delle limitazioni alle libertà personali, che si sono concentrate talora rispetto a gruppi sociali, etnici o religiosi, che sono contenute nelle varie normative in materia di sicurezza o emergenza ⁽⁴⁹⁾.

Naturalmente, si potrà sostenere che la più generale crisi della democrazia negli Stati occidentali conduce con sé fatalmente il depotenziamento dell'azione pubblica per l'affermazione del principio di eguaglianza sostanziale, così come, invece, si potrà ritenere che la diversa strutturazione della società – derivata dalla globalizzazione del mercato e dalla centralità organizzativa, comunicativa e valoriale, della tecnologia – abbia indebolito la stessa pretesa

⁴⁶ Di recente, C. M. SHELBY, *Profiting from our pain: privileged access to Social Impact Investing*, in *California Law Review*, 109 (2021), 101

⁴⁷ C. ONDERSMA, *Borrowing equality: dispossession and the need for an abolitionist approach to survival debt*, in *Columbia Law Review*, 120 (2020), 299, ove si critica la distinzione, operata dal Congresso, tra “credito” e “debito”, incoraggiando il primo e scoraggiando il secondo, cercando di dimostrare che le misure concretamente adottate, di fatto, consolidano i sistemi di emarginazione che presumibilmente sono concepiti per alleviare.

⁴⁸ Per questi profili, F. GALLO, *potestà normativa di imposizione, mercato e giustizia sociale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, 371.

⁴⁹ Per una più ampia discussione di questi temi, sia consentito il rinvio al mio *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2021.

all'eguaglianza, sicché proprio la fragilità della società, unita alla concentrazione della ricchezza e del controllo delle risorse (in senso oligopolistico) ed al neoliberismo degli Stati (sicché vi sarebbe più mercato nello Stato ma assai meno nel mercato stesso, concentrata la ricchezza in poche mani), abbia contribuito decisamente alla crisi della democrazia. La soluzione del problema non spetta al giurista: se, infatti, sarebbe ottuso amministrare i principi di diritto senza comprendere in quale contesto storico si operi la costruzione dogmatica, d'altro canto, non spetta allo studioso di diritto risolvere problemi economici, storici o politologici. Si tratta di un dato ancor più chiaramente avvertito in relazione alla pandemia ed all'uso dell'emergenza come regola di sistema; sul punto, la letteratura giuridica è così estesa da non sembrare utile darne conto in questa sede.

Il dato, tuttavia, del coesistere della crisi della democrazia e della riduzione della pretesa all'eguaglianza e delle politiche pubbliche dirette alla sua attuazione, non può essere trascurato. Il tema è ampiamente studiato dai politologi e, soprattutto, dagli economisti, mentre non sembra avere attirato la dovuta attenzione dei giuristi.

Sembra, invece, di dover indicare questo elemento come non secondario nell'analisi del tema. Le concomitanti crisi della democrazia e contrazione dell'attuazione del principio di eguaglianza determinano un'alterazione del disegno costituzionale non trascurabile.

Per lo studioso della relazione tra potere pubblico e pretese individuali, qual è l'amministrativista, la questione non è trascurabile, perché determina una trasformazione critica della relazione tra società e Stato, tra comunità locali e potere centrale, tra rappresentanza ed attivazione diretta dei diritti fondamentali. E pone in modo chiaro la criticità già indicata, vale a dire se sia il terreno di questi stessi diritti fondamentali della persona (come singolo e nelle formazioni sociali nelle quali si sviluppa la sua personalità) ad essere il fattore fondativo di una pretesa all'organizzazione ed azione dei poteri pubblici funzionali ad essi —

e, quindi, al loro godimento pieno ed uguale – ovvero anche questa linea ricostruttiva vada ripensata o integrata.

Si colloca qui il problema della critica all'enfasi delle diseguaglianze in relazione alla centralità dell'eguaglianza, come tra poco ci si proverà ad argomentare.

3. Trasformazioni dell'ordinamento ed il problema del principio di eguaglianza nella crisi della democrazia.

Quanto particolarmente al diritto all'eguaglianza (ovvero, più precisamente al diritto ad essere trattati con «*pari dignità sociale*» ed eguaglianza «*davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*»), per un lato ed al dovere, il «*compito*», della Repubblica di «*rimuovere gli ostacoli*» che limitano «*la libertà e l'eguaglianza*» ed, impediscono, quindi «*il pieno sviluppo della persona umana*»), è difficile ragionare di un suo possibile concreto regime senza tenere conto delle reali tendenze in atto nell'ordinamento; naturalmente si può teorizzare quel che si crede intorno ad esso, ma il dovere del giurista è quello della «*ricerca, riconsiderazione e svelamento delle ragioni del diritto in ogni momento storico*»⁽⁵⁰⁾, sicché non si vedono ragioni per trascurare proprio quest'ultimo aspetto.

3.1. Laddove si consideri l'eguaglianza come diritto alla non discriminazione – e, nel caso dell'esercizio del potere amministrativo, pretesa all'imparzialità, con il suo necessario effetto sull'organizzazione pubblica oltre che, evidentemente, sull'attività amministrativa di decisione e materiale – non vi sono serie ragioni di preoccupazione rispetto alla vigenza ed alla concreta applicazione del precetto nel nostro ordinamento. Non solo il portato di trent'anni di legislazione sul procedimento amministrativo ha rafforzato l'effettività di imparzialità ed eguaglianza, ma il precetto costituzionale trova concreta applicazione da parte dell'amministrazione e della giurisdizione.

⁵⁰ G. PASTORI, *Intervento*, in *Il ruolo dei docenti di diritto nell'Università del domani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 75.

Se si osserva il problema sul versante – più immediato (e per certi versi meno impegnativo rispetto al diritto all'eguaglianza) – dell'imparzialità, sarà agevole cogliere il progredire dalla non discriminazione alla necessità strutturale d'imparzialità dell'amministrazione (parte, ma imparziale), all'affermazione della sua natura di dovere dell'ente pubblico, all'emersione del suo rilievo organizzativo, al valore di limite alla discrezionalità ed all'indirizzo politico, fino all'idea che si tratti dell'essenza stessa del modo di essere dell'amministrazione e diritto del cittadino; al tempo stesso, regole non scritte sono divenuti precetti costituzionali, dapprima depotenziati dagli interpreti per poi trovare la loro centralità precettiva e sistematica, le conferme nelle norme ordinarie ed in quelle dell'Unione⁽⁵¹⁾. Al tempo stesso, oltre i confini del diritto amministrativo, l'eguaglianza (formale) è regola sempre applicata dalla Corte Costituzionale, riferimento sistemico ormai in tutti i settori del diritto.

3.2. Molto diverso, invece, il profilo dell'eguaglianza in senso sostanziale, vale a dire della pretesa (a mio modo di vedere diritto fondamentale, azionabile nei confronti di qualunque autorità secondo le diverse tecniche di tutela utilizzabili) all'adempimento del dovere (anch'esso coercibile, senza che per ciò solo si manifesti come una semplice obbligazione), che grava su qualunque soggetto costitutivo della Repubblica, di «rimuovere gli ostacoli» che limitano «la libertà e l'eguaglianza» ed, impediscono, quindi «il pieno sviluppo della persona umana».

Per un verso, infatti, l'assolvimento di questo dovere non può prescindere da azioni espressamente dirette a questo scopo – mentre l'eguaglianza formale è norma di comportamento di qualunque azione o scelta organizzativa, anche se posta in essere per scopi del tutto differenti dall'affermazione dell'eguaglianza stessa; non è quindi irrilevante se, in concreto, l'ordinamento

⁵¹ Senza indulgere in ricostruzioni che possono presumersi più che note, per una recente rivisitazione in funzione dell'affermazione del diritto all'imparzialità e corrispondente obbligo dell'amministrazione, con tutti i rinvii necessari, si può rimandare certamente a I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto. Epifanie dell'interesse legittimo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2021, *passim*.

mostri norme ed organizzazioni dirette a questo obiettivo o non, piuttosto, larga trascuratezza, se non proprio abbandono.

Per altro verso, poiché si tratta di un dovere che grava sull'insieme dei soggetti che costituiscono la Repubblica, l'individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie doverosa e la stessa possibilità di azionare la correlativa pretesa non possono sussistere adeguatamente se non attraverso la definizione di regimi e di raccordi tra l'azione della società civile e quella dei poteri pubblici, in un contesto pluralista e orientato alla sussidiarietà orizzontale (per come resa in Costituzione dall'ultimo comma dell'art. 118, vale a dire «*l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*»).

Trattare questi profili significa porre questioni non secondarie, che naturalmente potrebbero legittimare una trattazione sensibilmente vasta, del tutto incompatibile con l'ordine del discorso. Con estrema sintesi – e necessariamente rinviando per i riferimenti – sembra però utile (i) fornire alcune indicazioni sui tratti di evoluzione dell'ordinamento (almeno lungo l'ultimo trentennio) per quanto d'interesse rispetto al tema che qui ci si pone ed individuare alcuni fattori critici, che emergono dall'evoluzione dell'ordinamento o che ad essa sono collegati; (ii) conseguentemente, indicare le ragioni per le quali si avverte la necessità di una netta presa di posizione dogmatica sull'eguaglianza e (iii) sui regimi che – pur presenti nell'ordinamento – possono contribuire alla sua attuazione in una prospettiva non più “Stato-centrica”.

3.2.1. Dal primo punto di vista, alcuni elementi caratterizzanti l'ultimo trentennio e rilevanti rispetto al tema dell'eguaglianza in senso sostanziale possono essere agevolmente indicati.

Occorre partire dalla premessa che il compito (il dovere, più tecnicamente) di porre in essere quelle misure che consentono in concreto il superamento delle disuguaglianze o, più precisamente, la rimozione degli ostacoli ad una pie-

na eguaglianza, durante il Novecento è (sostanzialmente) sempre coinciso con l'attribuzione di questo ruolo allo Stato.

3.2.1.1. *Innanzitutto*, allora, non serve molto per convincersi che, dalle teorizzazioni ed applicazioni del *Welfare* in poi, la rimozione degli ostacoli all'eguaglianza sostanziale sia stato sostanzialmente un compito degli Stati nazionali. Prescindendo per un momento rispetto alla coincidenza tra quest'ideologia e la struttura della nostra Costituzione repubblicana ⁽⁵²⁾, è agevole osservare come la crisi fiscale degli Stati (ed il conseguente ridimensionamento dei sistemi di *Welfare* pubblici), la cessione di sovranità da parte degli Stati europei a vantaggio dell'Unione (con le sue politiche di rigore relativamente al debito pubblico) e, soprattutto, la globalizzazione dei mercati, abbiano determinato una crisi strutturale di questo modello ⁽⁵³⁾.

Se, quindi, lo strumento per la rimozione degli ostacoli all'eguaglianza sostanziale vengono fatti coincidere con l'intervento pubblico attraverso il *Welfare* e quest'ultimo entra in una crisi strutturale, è chiaro che lo stesso destino è segnato all'azione di rimozione degli ostacoli che limitano libertà e eguaglianza.

3.2.1.2. *Ancora*: è sostanzialmente mutato il segno dell'intervento pubblico sul processo economico; semplificando in modo eccessivo, dall'intervento economico diretto dei poteri pubblici e dalla programmazione economica, si è passati attraverso un'epoca di privatizzazioni e regolazione nell'interesse della

⁵² Per osservazioni nettamente in senso opposto alla coincidenza, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.; ID., *Persona, società e amministrazione pubblica*, cit; ID., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit; ID., *L'attitudine della giraffa. Per una teoria dei diritti sociali come esercizio della sovranità, nella stagione della crisi del welfare pubblico*, cit.

⁵³ Su tutti questi temi, si può leggere – anche per i necessari riferimenti – M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, in *Europa e Diritto Privato*, 2020, 757.

concorrenza di mercato, attuando il disegno ordoliberal⁽⁵⁴⁾ – con conseguente profonda revisione delle letture dell'art. 41 Cost. ⁽⁵⁵⁾.

Di nuovo, in quanto si faccia coincidere con l'intervento pubblico l'attuazione dell'eguaglianza, ne deriva che il suo radicale mutamento di segno conduce a conseguenze dirette sulla capacità di assolvere al dovere in questione.

3.2.1.3. In *terzo* luogo occorre osservare come l'ordinamento sia intervenuto sul versante stesso dei diritti (o, in generale, delle posizioni soggettive) della persona. Non è seriamente discutibile che nell'ultimo trentennio si sia assistito ad una proliferazione straordinaria di interventi legislativi ⁽⁵⁶⁾, senza precedenti.

Tuttavia, questa proliferazione della legislazione si è accompagnata, per un lato, alla deformazione della teoria delle fonti – sicché ogni atto a contenuto normativo proveniente dal potere pubblico risulta cogente, poco importa se sia rispettato il disegno costituzionale sulle fonti di produzione (il fenomeno, contestato, della proliferazione della decretazione d'urgenza è solo un esempio, tra i più macroscopici) – e, quindi, in ultima analisi, dalla perdita del significato della legge ⁽⁵⁷⁾ come garanzia e luogo di composizione non effimero di interessi – tant'è che sulle principali vicende sociali ed economiche del Paese si sono avute leggi-provvedimento, la cui compatibilità perfino con il principio di eguaglianza è assai dubbia, di sostanziale ratifica parlamentare di iniziative governative.

Per altro lato, però, ed è quel che maggiormente interessa, questa sovrapproduzione legislativa ha scomposto il soggetto in una pluralità di figure pro-

⁵⁴ Per una adeguata analisi, T. BIEBRICHER, F. WOGELMANN, *The Birth of Austerity. German Ordoliberalism and Contemporary Neoliberalism*, London, Rowman & Littlefield, 2017; per un'illuminata considerazione dell'ordoliberalismo, resta imprescindibile M. FOCALTY, *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France (1978-1979)*, Parigi, EHESS/Gallimard/Seuil, 2004, anche se con importanti imprecisioni nella relazione tra ordoliberalismo e neoliberalismo, in particolare con riguardo al ruolo dello Stato.

⁵⁵ Per una discussione circa le diverse interpretazioni dell'art. 41 Cost., sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001

⁵⁶ F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in AA.VV., *Regole e Mercato*, II, Torino, Giappicchelli, 2017, in numerazione romana propria dell'introduzione, da XV, con ricca bibliografia cui si rinvia.

⁵⁷ Resta sempre imprescindibile, F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità* II ed., Torino, Giappicchelli, 2007.

prie del processo economico (consumatori, commercianti, risparmiatori, investitori, consumatori, professionisti, imprese dominanti e dipendenti, le più varie categorie di lavoratori, e via enumerando), perdendo completamente la centralità del titolare di diritti (fondamentali, costituzionalmente garantiti) e scomponendo le pretese modellandole secondo il tipo di relazione descritto dalla legge.

3.2.1.4. Anzi, le stesse categorie giuridiche fondamentali hanno iniziato ad assumere una quantità di significati possibili, a seconda del contesto in cui venivano assunte; basterebbe pensare al concetto di controllo societario (che muta contenuto a seconda che ci si riferisca al codice civile o al suo rilievo per Agcm o per Consob) o a quelli, più vicini ancora alla sensibilità dell'amministrativista, di impresa pubblica o pubblico servizio.

Questa radicale relativizzazione degli istituti giuridici rispetto al contesto, ha naturalmente riguardato anche l'interesse pubblico. Ci si è sforzati altra volta sia di proporre un concetto di pubblico interesse oggettivato e sindacabile di pubblico interesse, sia di criticarne la varietà degli usi, sia la frequente interposizione nella fattispecie allo scopo di ritrarne i precetti più diversi⁽⁵⁸⁾, sia la contrastante pluralità di significati che la stessa normativa di settore – si pensi solo a quella delle gare contrattuali pubbliche⁽⁵⁹⁾ – presenza, senza fornire alcuna gerarchizzazione dei diversi significati.

Non sembra difficile cogliere come la segmentazione del soggetto, delle sue pretese e dell'interesse pubblico rendano perfino difficile misurare il concetto di eguaglianza. Per discutere del superamento degli ostacoli che si frappongono a libertà ed eguaglianza, infatti, occorre muovere dalla persona, dal soggetto cui sono riconosciuti i diritti fondamentali. Se si disintegra il soggetto in una molteplicità di aspetti, se si moltiplicano i significati degli istituti giuridici a seconda del contesto, se – infine – si rende l'interesse pubblico un concetto

⁵⁸ Sia consentito riferirsi al mio, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 429.

⁵⁹ Per brevità, sia consentito rinviare alle riflessioni svolte in *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 *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Giappichelli, Torino, 2021, II, 888.

bonne à tout faire, vengono meno le condizioni di base per discutere dell'eguaglianza.

Ed, infatti, come s'è provato a sostenere nelle pagine che precedono, il dibattito giuridico perde di vista il tema in sé, polverizzandosi nell'osservazione delle disuguaglianze.

Né questa frantumazione è senza logica: il soggetto in sé, il portatore dei diritti fondamentali in quanto tale, appare come un ostacolo (tendenzialmente egoistico, geloso delle sue prerogative e libertà), che si oppone alla realizzazione della razionalità sociale da conseguire – nel fallimento delle garanzie del diritto ed in quello, persino più grave, della politica, entrambi colpevoli di non avere saputo evitare la tragedia delle dittature continentali e della guerra – attraverso il funzionamento del mercato come criterio ordinante la società.

3.2.1.5. Inoltre, sempre ponendo attenzione solo ai profili che rilevano rispetto alla questione dell'eguaglianza e collegandosi a quanto appena riferito, insieme alla proliferazione di norme di dettaglio, che relativizzano il soggetto al rapporto, la legislazione nazionale – anche in relazione a quella europea – trova il frequente utilizzo di clausole generali, per un lato, e di norme emergenziali, per l'altro. Entrambe rilevano sul versante dell'eguaglianza.

Infatti, per il primo versante, la previsione di una pluralità di clausole generali ⁽⁶⁰⁾, non sempre coerenti tra loro e prive di gerarchizzazione, riduce la

⁶⁰ Per maggiori considerazioni, sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 1213. In ogni caso, sulle clausole generali, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 8 (ma anche ID., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, 9 che poneva in luce come, in ordine alla buona fede, «il riferimento alle norme costituzionali ha avuto una funzione di rinnovamento della precomprensione della dottrina del diritto privato che nei primi commenti al nuovo codice civile (anteriori alla Costituzione repubblicana) aveva giudicato l'art. 1175 un flatus vocis o un inutile orpello» e ID., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, nel volume collettaneo, *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 317); C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 29; un approccio differente – nella direzione della valorizzazione della decisione legislativa diretta a procurare un sistema di produzione normativa – è in S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 1987, 709 (ma, ancor prima, ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1967 e ID., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1969, 132); per l'idea che le clausole generali rinvino a sottoinsiemi culturali (tecnica, arte, etica, etc.) M. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza. I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, ESI, 2007; nel senso opposto dell'introversione delle clausole – in considerazione

garanzia del principio di legalità e scarica l'effettivo contenuto della regola di diritto sull'applicazione giurisprudenziale ⁽⁶¹⁾.

Per altro verso, si accompagna – e collega intimamente – all'ormai straordinariamente diffusa adozione di dispositivi emergenziali (essendo l'emergenza stessa, clausola generale, ed essendolo non di meno l'ordine pubblico, la sicurezza ed altre clausole potentemente eversive della legalità) ⁽⁶²⁾.

3.2.1.6. Non devono essere trascurati due ulteriori elementi che hanno significativamente agito sull'ordinamento ed i mutamenti fin qui troppo succintamente indicati.

Anzitutto, la globalizzazione dell'economia e la centralità del capitale finanziario, ha direttamente influito sulla capacità degli Stati di intervenire sulla redistribuzione della ricchezza in funzione egualitaria; il risultato è quello di una concentrazione di ricchezza senza precedenti ⁽⁶³⁾ e di una perdita di legittimazione degli Stati nei confronti dei cittadini e di autonomia nella formazione del-

dell'autonomia del sistema giuridico rispetto a quello sociale – P. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2006. Più di recente il tema è stato nuovamente affrontato da V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, lavoro al quale interamente si rinvia per ogni indicazione ulteriore (ma si vedano anche ID., *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, in *Ordines*, 2/2018, 18; ID., *L'alogia "occultata" e l'alogia "negata": spunti giurisprudenziali per l'analisi del ragionamento analogico*, in questa *Rivista*, III (2/2018), 515).

⁶¹ Ad esempio, per restare nel campo del diritto amministrativo, non sfugge a nessuno come l'ingiustizia manifesta sia sempre stato un elemento sintomatico del vizio di eccesso di potere; tuttavia, la sua natura residuale ed ancillare lo ha sempre posto al confine con il merito (tema sul quale, comunque, per tutti, B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, *passim*); altro è che, invece, vi sia un diritto positivo ad un trattamento equo (per una più ampia trattazione, sia consentito rinviare a L. R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, ESI, 2011, 653) da parte della pubblica amministrazione, come deriva diritto ad una buona amministrazione stabilito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (sul quale sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione ed equità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, 789).

⁶² Per maggiori considerazioni sia consentito rinviare di nuovo al mio *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, cit.

⁶³ Se ne trova una rappresentazione affidabile in E. BRANCACCIO, R. GIAMMETTI, M. LOPREITE, M. PULIGA, *Monetary Policy, Crisis and Capital Centralization in Corporate Ownership and Control Networks: a B-Var Analysis*, in *Structural Change and Economic Dynamics*, Volume 51, (2019), 55.

le decisioni pur di loro competenza⁽⁶⁴⁾ nonché di competenza a decidere a vantaggio di soggetti sovranazionali (di varia natura, tra pubblico e privato) ⁽⁶⁵⁾.

Da un secondo punto di vista, è stato sapientemente notato come lo Stato liberale (di diritto, classico), nell'affermare eguaglianza (rispetto al diritto) e libertà, «*supponeva, anzi faceva corpo unico con, lo Stato, al quale era assegnato di garantire i presupposti dello scambio e del mercato. Questi presupposti, però, non si limitavano alla emissione e regolazione della moneta (che non è poco), ma includevano il territorio e i cittadini, i quali, a loro volta, definivano lo spazio del mercato ed i suoi attori. In questo spazio e tra questi attori aveva da svolgersi, perciò, la partita della concorrenza tra imprese e dello scambio tra imprese e lavoro. A questa partita lo Stato si manteneva estraneo, di essa si presentava come mero arbitro. Un arbitro, però, che custodiva i limiti del campo di gioco (rispetto a sconfinamenti dei giocatori e invasioni esterne) e assicurava la composizione delle squadre che in esso si affrontavano (offerta e domanda di merci e, soprattutto offerta e domanda di lavoro). Per questo verso quel diritto includeva uno Stato, che operava come garante non solo formale (curando il rispetto delle regole formali dello scambio) ma anche spaziale e – per così dire – umano del mercato*» ⁽⁶⁶⁾.

Questo assetto, già radicalmente mutato a fronte dell'affermazione del Welfare, è stato completamente stravolto negli ultimi decenni, riuscendone del tutto trasformato il ruolo ed il volto dello Stato. L'autorità pubblica non si colloca più sul versante (liberale) della formazione delle regole dell'attività economica (libera), né su quello (proprio dello Stato sociale) dell'ingresso nel processo economico con programmazioni, indirizzi, controlli ed interventi diretti, quanto piuttosto come attore che ha ceduto porzioni significative della sovranità (intesa in senso classico, statalistico), che negozia con il mercato (nel processo globale di allocazione, con le politiche fiscali, con le condizioni dettate al

⁶⁴ Per maggiori considerazioni sia consentito rinviare di nuovo a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, cit.

⁶⁵ Per un'indagine non recentissima ma pregevole e accurata, M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012

⁶⁶ La citazione nel testo è molto estesa ma il lavoro da cui è tratta impone di essere letto nella sua interezza, ci si riferisce a M. BARCELLONA, *Il diritto neoliberale dell'economia globalizzata e della società liquida*, cit., 757, con il quale in più parti del testo ci si confronta, ove consentendo ed ove discostandosi motivatamente.

proprio debito pubblico, con soggetti sovranazionali – spesso non pubblici – che regolano mercato o risorse) contenuti della legislazione, della politica economica e del lavoro, degli interventi di welfare in relazione al debito. Ancora: lo Stato non solo ha ceduto sovranità (sempre in senso statalistico) ad organizzazioni (pubbliche o private) sovranazionali, ma esso stesso ha importato strutture, procedure e regole aziendali (ad esempio: nei rapporti di lavoro; quanto alla natura di soggetti amministrativi fondamentali nell'assicurare il godimento di diritti – come nella sanità pubblica o nella regolazione farmaceutica ⁽⁶⁷⁾–, di garantire la legalità – come nell'organizzazione pubblica dei giochi leciti – ovvero realizzare opere o servizi essenziali – com'è per le strade di rilievo nazionale con ANAS; quanto al regime della dirigenza pubblica; etc.), divenendo un attore di mercato che negozia con esso porzioni della sua attività, ovvero che regola quello realizzato dai privati con funzioni indipendenti (dalla politica, come avviene per le autorità di regolazione indipendente) la cui finalità primaria è l'assicurazione della concorrenza come interesse pubblico essa stessa.

In altri termini, se si sovrappone – come è stato largamente fatto e tutt'ora troppo spesso accade – al concetto di Repubblica quello di Stato, se ne ottiene che il ritirarsi di quest'ultimo (in senso classico, come soggetto) ovvero delle sue forme e procedure autoritative, si avvertirà il corrispondente avvizzire delle garanzie e dei servizi che lo Stato assicurava o prestava.

L'errore, tuttavia, è metodologico: l'eguaglianza è compito della Repubblica (non dello Stato) e questa è data dall'insieme dei soggetti istituzionali e non che concorrono all'attuazione dei fini costituzionali – il che significa che, in un ordinamento nel quale il principio di sussidiarietà orizzontale ha rango costituzionale (art. 118 Cost.), «*l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*» è adempimento dei fini costituzionali tanto quanto quella dello Stato e degli enti pubblici.

⁶⁷ Nello specifico di AIFA ma, molto più largamente, in relazione all'assenza di modello coerente nelle aziende pubbliche nel nostro ordinamento, per tutti, M. MONTEDURO, *Modelli organizzativi e funzione: il caso dell'Agenzia italiana del farmaco*, Torino, Giappichelli, 2018.

Per conseguenza, rilevano anche i dispositivi e regimi che, in concreto, disciplinano l'attività economica dei privati; si pone qui il problema del superamento della crisi del *Welfare* a fronte di quella fiscale dello Stato: se lo Stato dispone di minori risorse da rivolgere all'attività di prestazione (di servizi) ciò non significa affatto necessaria contrazione delle garanzie e delle prestazioni, sol che si regoli l'attività economica privata (in forza dell'art. 41 Cost.) in modo adeguato ⁽⁶⁸⁾.

Solo per esemplificare attraverso un tema che mi sono trovato a frequentare intensamente in passato ⁽⁶⁹⁾, ove si configurino i servizi pubblici ⁽⁷⁰⁾ come attività di prestazione aggettivabili come tali (pubblici) solo se assunti da un ente pubblico, è fatale che alla compressione della capacità di questi soggetti di provvedere prestazioni, il regime di servizio pubblico si conserverà nella sua originaria (ed autoritaria, a mio modo di vedere) concezione, ma si comprimerà progressivamente; al contrario, se – come credo – si qualifichi servizio pubblico qualunque attività economica laddove (ed è questo il fine del pubblico servizio) produca beni o servizi necessari al godimento dei diritti fondamentali quanto alle pretese che non trovano soddisfazione in una semplice astensione (dell'autorità pubblica o di qualunque privato) dalla loro compressione o limitazione, allora l'area del servizio pubblico sarà molto ampia ed, anzi, più estesa che non in passato; ne conseguirà che il loro regime consisterà nella libera prestazione delle attività economiche in questione per la porzione in cui esse raggiungano spontaneamente il fine del pubblico servizio ovvero, nell'intensa regolazione perché ciò accada – correggendo normativamente o convenzional-

⁶⁸ Per un'argomentazione più distesa ed i necessari argomenti sistematici, sia consentito – per brevità – rinviare a L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.

⁶⁹ Primariamente, L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit.

⁷⁰ Mi pare necessario osservare come la teoria che prova a spiegare i servizi pubblici tradizionalmente intesi che mi sono permesso di proporre ha trovato significative estensioni ed applicazioni a quelli educativi (sul punto, si rinvia interamente a F. MIDIRI, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, Torino, Giappicchelli, 2004), ai servizi bancari e finanziari (cfr., R. CALDERAZZI, *L'organizzazione del capitale nell'impresa bancaria*, in questa *Rivista*, VI (1/2020), 143) e, mi parrebbe, possa trovarla agevolmente anche in relazione a quelli sanitari ed assistenziali.

mente l'autonomia privata – oppure, ove ciò non sia adeguato, nella riserva dell'attività alla mano pubblica. Non è difficile rendersi conto, esaminando il dato normativo, di quanto questa spiegazione abbia trovato sempre più estese conferme nella legislazione nazionale ed europea.

Ebbene, ai fini che qui interessano, il rilievo della «*autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*» ai fini del «*rimuovere gli ostacoli*» che limitano «*la libertà e l'eguaglianza*» ed, impediscono «*il pieno sviluppo della persona umana*» non può essere taciuto. Sono cambiati – strutturalmente, a mio modo di vedere – il ruolo, l'organizzazione, la disciplina, dell'autorità pubblica (lo Stato, primariamente) ma ciò non significa che non continui a spettare alla «*Repubblica*» il compito di dare attuazione all'eguaglianza.

3.2.1.7. L'ultimo profilo di mutamento strutturale che mi pare vada richiamato ed è quello della natura ordinariamente emergenziale della legislazione nazionale. Si tratta di un profilo relativamente al quale è immediata la percezione della rilevanza per l'eguaglianza in quanto tale: se per la legge-provvedimento è inevitabile il contrasto con il principio di eguaglianza ⁽⁷¹⁾, l'organizzazione ⁽⁷²⁾ e la legislazione dell'emergenza ⁽⁷³⁾ mostrano sicuri elementi di criticità rispetto al nostro tema.

Non è questa la sede per una sua trattazione estesa ⁽⁷⁴⁾ e, tuttavia, conviene non trascurare alcuni profili.

⁷¹ Per i necessari riferimenti, L. R. PERFETTI, *Massnahmenvorschriften and Emergency powers in contemporary Public Law*, cit.

⁷² P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il diritto dell'economia*, 2020 (fas. 101), 125.

⁷³ C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario AIPDA, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2005, 5; E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, BUP, 2019; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a funzione normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 37; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 377; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990; G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Nov.mo dig. it.*, XII, Torino, Utet, 1965, 89.

⁷⁴ Per brevità, mi sia permesso rinviare a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, cit. e, più recentemente, ID., *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in questa *Rivista*, VII (2/2020), 51.

Anzitutto, vi sono buone ragioni per ritenere che non si tratti di evenienze occasionali, ma di una trasformazione non effimera dell'ordinamento. Certamente la globalizzazione dei mercati e la fine delle grandi divisioni ideologiche sono fattori imponenti in questa direzione; tuttavia, l'elemento decisivo appare essere quello dello sviluppo della tecnica – e della digitalizzazione in specie ⁽⁷⁵⁾.

Se è difficile fare riposare l'ordinamento sulle “certezze” della scienza – e coltivare sinceramente l'idea che la norma di legge sia il frutto della razionalità oggettiva ⁽⁷⁶⁾ – è, invece, chiaro che il rapido progredire della tecnica ⁽⁷⁷⁾, delle abilità pratiche, mette in seria difficoltà la legge come prodotto del Parlamento, come luogo di composizione razionale degli interessi. La legge, piuttosto, viene soppiantata dall'iniziativa governativa, sostituita, per quanto possibile senza violare le regole sulle fonti di produzione giuridica, dal prodotto normativo dell'esecutivo. Già in questo, strutturale, spostamento di competenze e trasformazione di contenuti, c'è un tema che riguarda l'eguaglianza. Perché vi sia diseguaglianza legittima o superamento di quella che legittima non è, occorre un quadro stabile di comparazione, occorre un sistema retto da principi tra loro coordinati; l'andamento emergenziale della legislazione, invece, interviene assai

⁷⁵ Ai nostri fini non serve spingersi fino a teorizzarne compiutamente la capacità di modificare stabilmente il modo di essere della civiltà; tuttavia, deve essere letto M. FERRARIS, *Filosofia del mondo nuovo*, Bari – Roma, Laterza, 2021.

⁷⁶ E' noto che la tesi fondamentale dello studio orlandiano *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* (V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. Brunialti, Torino 1890, 919), configura la legge come cosa ben diversa dal «semplice prodotto di un puro principio di maggioranza, di una volontà politica disciplinata nelle forme dalla costituzione, essa era piuttosto la manifestazione più alta di una razionalità di tipo oggettivo, il riflesso di un ordine profondo e storicamente fondato nella collettività» (M. FIORAVANTI, *Le dottrine dello Stato e della Costituzione*, in R. Romanelli (a cura di), *Storia dello Stato italiano*, Roma, Donzelli, 1995, 408 – la citazione è a p. 425)

⁷⁷ Sulla questione occorre rammentare – per rendere evidente come la questione del potere della tecnica non sia neutrale ed anzi interroghi sovranità popolare e natura incompressibile dei diritti della persona – perché la tecnica è una modalità di relazione, che lega insieme l'essere quale evento (*Ereignis*) e l'esistente umano in quanto singolo esserci (*Dasein*), attraverso la riduzione dell'intero essente *Bestand*; sicché il dominio della tecnica determina che ogni realtà sia resa funzionale alle disposizioni manipolative dettate da chi dispone della tecnica, che potrà abusare indiscriminatamente di ciò che è, nella tendenza a rendere utilizzabile sia il pensiero che ciò a cui si rivolge. Per tale ragione, la tecnica è una forma di pensiero, creatrice di pensiero ed un modo di stare al mondo, M. HEIDEGGER, *Die Frage nach der Technik e Wissenschaft und Besinnung*, in *Vorträge und Aufsätze*, Klostermann, Frankfurt a.M. 2000, 7-65 (ora trad. it. *La questione della tecnica*, goWare, Firenze 2017).

spesso sul singolo accadimento, fronteggia un'evenienza, adatta le regole alla realtà in mutamento con novelle, modifiche o aggiunzioni di disposizioni. La stessa drammatica moltiplicazione delle norme di legge dipende dal rapido mutamento dei fatti e dalla necessità di disciplinarli come singoli, perduto il sistema. Ricostruire un sistema di fonti in un quadro così mutato è uno dei compiti di chi si pone l'esigenza dell'eguaglianza.

In secondo luogo, proprio la tirannia dell'emergenza consente di mettere in luce come lungo una pluralità di crinali si siano progressivamente accumulate discipline derogatorie, clausole generali – come la sicurezza o l'ordine pubblico – che consentono rapide dilatazioni del potere esecutivo, attivato dall'evento singolo o dalla convenienza politica ⁽⁷⁸⁾, riducendo le garanzie di controllo giurisdizionale in ragione dell'accoppiarsi del dispositivo derogatorio e dell'evento (qualificato come urgente, emergenziale, rischioso). Vi sono ragioni serie, quindi, per considerare come la deformazione della tradizionale teoria delle fonti di produzione giuridica sia un profilo rilevante per l'affermazione dell'eguaglianza.

3.3. L'insieme di questi fattori, quindi, per un lato mi pare confermi che la concentrazione relativamente alla singola diseguaglianza non consente di mettere a fuoco il problema dell'eguaglianza in quanto tale e, semmai, rischia di essere controproducente rispetto ad essa perché coerente con la frantumazione del soggetto nella singolarità dei suoi rapporti (e, quindi, anche nei rapporti di

⁷⁸ Sul rilievo della paura popolare sui meccanismi democratici, U. BECK, *Politik in der Risikogesellschaft - Essays und Analysen*, Berlin, Suhrkamp, 1991; sul tema anche C.R. SUSTEIN, *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, ove si mette in evidenza che negli ordinamenti democratici il bisogno di protezione, legato al consenso elettorale, agisce anche di fronte a bassi livelli di rischiosità: «*a democratic society, following popular views, will embody a form of risk aversion for low-probability risks that might result in serious harms*» (26) (ma, già prima, ID., *Beyond the precautionary principle*, in *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, 38 (2003), e, più recentemente, ID. (ed.), *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*, New York, Dey Street, 2018).

Esempio efficace del diritto della paura e dell'uso politico dell'emergenza si trova nelle recenti legislazioni anti-terrorismo, sulle quali S. N. HERMAN, *Taking Liberties: The War on Terror and the Erosion of American Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2011; L.A. DICKINSON, *Using legal process to fight terrorism: Detentions, military commissions, international tribunals, and the rule of law*, in *S. Cal. L. Rev.*, 75 (2001-2002), 1407; L. N. SADAT, *Terrorism and the Rule of Law*, in *Global Stud. L. Rev.*, 2004, 135; al più diffuso studio di R. ABEL, *Law's Wars: The Fate of the Rule of Law in the US 'War on Terror'*, Cambridge University Press, 2018; in Italia, G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016.

potere, pubblico o privato che questo sia); da altro lato, mi sembra richiedere una forte presa di posizione dogmatica, evitando l'esercizio – così diffuso relativamente al cambiamento in atto ed in generale alla profonda obsolescenza delle certezze (giuridiche, per quel che ci riguarda) del passato anche recente – della semplice critica lamentosa o dell'evocazione (delusa e deludente) di ciò che è andato perduto, incapaci di provare a sperimentare la necessità di proteggere la libertà ed i diritti della persona nel nuovo contesto che ci si presenta.

4. L'affermazione dell'eguaglianza sostanziale come parte della dogmatica dei diritti fondamentali in un ordinamento pluralista.

Nella sostanza, non vi sono ragioni per tentare una forte presa di posizione dogmatica rispetto ai profili dell'eguaglianza formale (e, quindi, al dovere di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. – sicché «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*» - ovvero del divieto di discriminazione «*davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*» previsto dall'art. 3 Cost.). Naturalmente, questo non significa che discriminazioni indebite possano sussistere; tuttavia, esse sono semplicemente invalide.

Diverso è il profilo del «compito» alla Repubblica a «*rimuovere gli ostacoli*» che limitano «*la libertà e l'eguaglianza*» ed, impediscono, quindi «*il pieno sviluppo della persona umana*» (art. 3, Cost.) e di «*promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni*» (art. 119, Cost.), nonché di determinare ed assicurare i «*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*» (art. 117, co. 1, lett. m).

Riprendendo i termini della discussione fin qui compiuta, si possono porre alcuni punti fermi, utili alla costruzione di una possibile posizione dogmatica.

Anzitutto, (I) appare chiaro che far coincidere questo compito con l'azione dello Stato (o, in generale di enti pubblici) come soggetto che rende prestazioni, in una stagione di non effimera compressione della spesa pubblica, significa andare incontro ad un fallimento. Inoltre, se il soggetto gravato da questo compito fossero i soli poteri pubblici, in un'epoca come la nostra caratterizzata dal maggiore rilievo di poteri privati, si finirebbe per costruire un dispositivo ulteriormente fallimentare (*id est*: la norma grava i poteri pubblici di un compito che non assolvono o non sono in grado di assolvere, con le conseguenti responsabilità giuridiche e politiche, perché non dispongono della forza e della competenza necessaria per governare poteri privati concentrati che, invece, sono del tutto esenti da quel compito). Peraltro, se questo vale in prospettiva sistemica di politica del diritto, con maggiore rilievo dal punto di vista del giurista positivo, si deve sottolineare come nulla nella disciplina in vigore giustifichi questa coincidenza (il compito è della Repubblica, i livelli essenziali delle prestazioni debbono essere garantiti ma in nessun luogo si dice che ciò debba avvenire con intervento diretto dei poteri pubblici, etc.).

Infatti, (II) nulla nelle previsioni della nostra Costituzione legittima l'idea che questo «*compito*» spetti allo Stato (o ad enti pubblici) in via esclusiva – anzi, a fronte della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni che corrispondono al godimento dei diritti civili e sociali, queste ultime potranno essere rese da soggetti privati regolati dalla legge, non essendo affatto detto (contrariamente a quanto la dottrina sostanzialmente unanime (erroneamente) ritiene; allo stesso modo il «*compito*» di rimuovere gli ostacoli è – testualmente – della Repubblica (che, come ognuno sa, nel linguaggio della Costituzione non coincide con le sole istituzioni pubbliche) e non dello Stato.

Inoltre, (III) il «*còmpito*» coincide con la realizzazione di azioni dirette alla rimozione degli ostacoli che limitano «*la libertà e l'eguaglianza*» impedendo «*il pieno sviluppo della persona umana*», sicché (IV) il referente della pretesa all'adempimento del «*còmpito*» è la «*persona umana*», colta nella sua dimensione normativa di sovrano dell'ordinamento costituzionale (art. 1, Cost.) e del permanente trattenersi dei diritti fondamentali nell'ambito della sovranità (art. 2, Cost.).

In altri termini, la pretesa all'eguaglianza (art. 3, Cost.) costituisce la misura di distribuzione del godimento dei diritti fondamentali, trattenuti nell'ambito costituente della sovranità.

L'eguaglianza sostanzia la dimensione normativa della persona umana come titolare dei diritti fondamentali, che – trattenendo in essi, in modo permanente, una porzione della sovranità – determina la funzionalizzazione di tutti i poteri pubblici al godimento di quei diritti fondamentali, dimensioni normative del suo «*pieno sviluppo*».

Per conseguenza, «*l'eguaglianza*» si misura sulla base dell'apprestamento delle condizioni per il «*pieno sviluppo*» della persona. Questa è la misura dei diritti fondamentali segnata in Costituzione e costitutiva del «*còmpito*» delle istituzioni della «*Repubblica*».

Su queste basi, quindi, è ben possibile provare a fissare i contenuti della dogmatica dell'eguaglianza nel nostro ordinamento.

Naturalmente, il nostro discorso aspira – come tutti gli approcci dogmatici – a trattenersi nel puro diritto positivo, proponendo solo una spiegazione delle norme in vigore (ovvio che come ogni interpretazione delle norme positive essa risente del quadro di valori del suo interprete e, quindi, non si pretende neppure per un momento che sia l'unica possibile – anche perché se ciò fosse, non vi sarebbe affatto necessità di proporre una dogmatica).

4.1. Anzitutto, il dovere di «*rimuovere gli ostacoli*» che limitano «*la libertà e l'eguaglianza*» che impediscono «*il pieno sviluppo della persona umana*» e di «*promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri econo-*

mici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona» connota il criterio di distribuzione, la misura, dell'azione diretta a rendere pieno ed effettivo il godimento ed esercizio dei diritti fondamentali della persona previsti in Costituzione.

I diritti fondamentali, che in base all'art. 2 Cost. sono «*inviolabili*», attraverso il precetto dell'eguaglianza vengono assicurati quanto alla misura del loro godimento. Il semplice riconoscimento del diritto inviolabile, senza il dovere di rimuovere le condizioni che ne ostacolano il godimento, sarebbe contraddittorio con la sua natura fondamentale o inviolabile.

S'è già più volte sostenuto che i diritti inviolabili, in quanto riconosciuti dalla Costituzione come entità giuridiche definite (diritti), non possono che essere prodotti dalla medesima capacità giuridica che pone in essere la Costituzione (che non li crea, ma riconosce), sicché sono oggetto di un riconoscimento in sede di esercizio del potere costituente poiché sono permanentemente trattenuti nella sovranità – quanto alla loro dimensione inviolabile. Il riconoscimento della sovranità al popolo, tra i suoi vari significati, ha certamente anche quello di conservare in capo alla persona il godimento dei diritti fondamentali come esercizio diretto della sovranità; poiché, poi, per la dimensione non inviolabile, non essenziale, il diritto fondamentale deve essere bilanciato con i diritti altrui, la seconda dimensione costituzionale della sovranità consiste nella legittimazione delle assemblee rappresentative, alle quali (prevalentemente attraverso la legge) è assegnato il compito di operare questo bilanciamento; ulteriormente, la terza dimensione della sovranità popolare è quella di funzionalizzare interamente le decisioni pubbliche (anche quelle legislative) all'interesse pubblico costituzionale della massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali, cui i poteri e l'organizzazione pubblici sono, quindi, strumentali – ed in questo senso una chiara conferma è nelle previsioni relative alla sovranità statale di cui all'art. 11 Cost.

In altri termini, la sovranità popolare opera in tre vie: per sottrazione (è esclusa ogni possibilità di violare, anche in via di omissione, il contenuto essenziale, e perciò inviolabile, dei diritti fondamentali, permanentemente trattenuto nella sovranità); per attribuzione (attraverso la legittimazione degli organi pubblici, affinché esercitino le funzioni che la Costituzione assegna loro, prima tra tutte assicurare che i diritti fondamentali siano goduti pienamente e nel rispetto dell'eguaglianza, attraverso il razionale bilanciamento delle loro componenti e pretese non essenziali, non inviolabili); per funzionalizzazione (perché ogni potere pubblico è reso funzionale – ed in questo si sostanzia l'interesse pubblico – all'assicurazione del godimento pieno ed eguale dei diritti fondamentali, tra i quali quelli sociali).

In questo senso, il principio di eguaglianza come dovere di rimozione degli ostacoli che, «*di fatto*», limitano libertà ed eguaglianza e «*impediscono il pieno sviluppo della persona umana*», è parte integrante del precetto costituzionale che trattiene la corrispondente pretesa della persona permanentemente nell'ambito della sovranità.

In questi termini, quindi, si tratta di una regola che opera lungo tutte e tre le direttrici della sovranità popolare.

Anzitutto, per *sottrazione*, quanto ai poteri pubblici, impedendo ad essi l'esercizio di qualunque potestà o competenza che possa incidere sulla dimensione inviolabile dei diritti fondamentali, tanto più in modo incoerente con il compito di rimuovere gli ostacoli al loro pieno godimento.

Conviene chiarire che quest'opinione non coincide con la tradizionale concezione della libertà negativa – vale a dire nel senso che rispetto ad alcune libertà che ricevono protezione fin dagli ordinamenti borghesi post-rivoluzionari, lo Stato ha il dovere di astenersi e consentirne l'esercizio, salvi alcuni limiti generali. Anzitutto, la protezione di queste libertà – per come storicamente è stata presentata – soffre deroghe ed eccezioni (sorte nello Stato autoritario ma largamente praticate anche oggi) come accade per le sospensioni o limitazioni

per ragione d'urgenza, ordine pubblico, sicurezza o sanità pubblica, etc. – limitazioni che contraddicono la natura inviolabile dei diritti e delle libertà e compatibili solo con l'idea della spettanza della sovranità allo Stato, che qui si nega per ragione della precisa disposizione costituzionale. Ma non è questo il punto centrale.

La questione risiede nel fatto che la stessa distinzione tra libertà (cosiddette negative) e diritti sociali non convince affatto ⁽⁷⁹⁾. Infatti, entrambe le pretese costituzionalmente tutelate presentano sia dimensioni incomprimibili che richiedono un'astensione dei poteri pubblici (e privati) ⁽⁸⁰⁾ sia pretese che, invece, possono essere soddisfatte solo a fronte di prestazioni o dell'approntamento di mezzi ⁽⁸¹⁾. Libertà (negative) e diritti sociali, a mio modo di vedere, presentano – sempre – pretese direttamente opponibili a chiunque (pubblico o privato) si provi a limitarle ed altre che, invece, per la loro soddisfazione, richiedono mezzi, beni o servizi. Si tratta di una considerazione utile, chiaramente, a concludere che anche in ordine ai diritti sociali costituzionalmente protetti esistono pretese che impongono un'astensione diretta al rispetto del loro godimento – è il tema della *unmittelbare Drittwirkung*.

Ma non basta, almeno a mio modo di vedere. Una volta che si sia condiviso che il principio di eguaglianza è parte del dispositivo dei diritti fondamentali e che il godimento della loro dimensione incomprimibile deve essere assicurato in modo eguale, si potranno trarre conseguenze ulteriori. Infatti, sulla scia

⁷⁹ Per una maggiore spiegazione, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit. e, ancor più precisamente, ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit., e ID., *L'attitudine della giraffa. Per una teoria dei diritti sociali come esercizio della sovranità, nella stagione della crisi del welfare pubblico*, cit.

⁸⁰ Non serve un'argomentazione estesa per indicare dimensioni immediatamente opponibili a qualunque potere pubblico o privato, ad esempio, del diritto alla salute personale ed anche i richiami di dottrina e giurisprudenza sarebbero scontati; per maggiori esemplificazioni, sia consentito il rinvio ai lavori già citati.

⁸¹ Anche in questo caso, ci si permette di rinviare ai lavori già citati; essendo meno scontato il concetto, basterà osservare che la libertà di circolazione, se contiene una dimensione negativa (vale a dire il divieto di limitare la scelta del privato di dove recarsi o non) ne presenta anche di positive, giacché a poco vale essere liberi di circolare senza che siano disponibili affidabili ed economicamente accessibili mezzi di trasporto; allo stesso modo, la libertà di comunicazione e corrispondenza sembra valere a poco senza che sussistano servizi telefonici, telematici, postali; gli esempi possono naturalmente continuare.

di una parte del costituzionalismo nordamericano ⁽⁸²⁾, ritengo che sia i diritti fondamentali che 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.

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 siano sottratti all'arbitrio della politica i diritti costituzionali essenziali, così com'è necessario che la decisione intorno ad essi in caso di conflitto sia assegnata ad un controllo di costituzionalità spettante a corti supreme non (troppo) politicizzate.

Se, quindi, l'eguaglianza è – come credo – parte del dispositivo complessivo della Costituzione circa i diritti fondamentali (libertà e diritti sociali) ed essi si trattengono permanentemente (quanto alla loro dimensione inviolabile) nella sovranità (popolare), è da escludere che il legislatore sia libero nelle sue scelte intorno ad essi (e, solo per fare un esempio rispetto al quale sono certo di trovare ridotto consenso, deve essere escluso che possa programmare la spesa pubblica in modo tale da far venire meno le prestazioni relative a codeste dimensioni essenziali, se un intervento pubblico sia necessario per mancanza di risposte adeguate dalla società). Per conseguenza, lungo il versante della sottrazione, poteri pubblici e privati non possono, con la loro azione, pregiudicare in alcun modo il godimento, in termini di eguaglianza, di diritti sociali e libertà per la posizione nella quale essi possono essere liberamente fruiti senza che si richieda alcuna azione, prestazione, servizio.

⁸² L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964; J. SHKLAR, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1964.

4.2. Meno complesso convincersi che l'eguaglianza operi nel dispositivo giuridico relativo ai diritti fondamentali per via di attribuzione e funzionalizzazione.

4.2.1. E' compito attribuito ai poteri pubblici e privati quello di rimuovere gli ostacoli al pieno – e, quindi, per tutti egualmente pieno – godimento dei diritti fondamentali ed, anzi, questo compito funzionalizza interamente il quadro dei poteri pubblici, sicché – a mio modo di vedere – l'interesse pubblico non è se non il punto di massimizzazione del godimento pieno ed uguale dei diritti fondamentali quanto alle pretese non inviolabili e che, quindi, richiedono un bilanciamento razionale.

Si apprezza su questo versante il profilo pluralistico dell'ordinamento che rileva per un discorso sull'eguaglianza. Infatti, se si assume la prospettiva dei diritti fondamentali e del loro godimento in modo eguale, la natura – pubblica o privata, nazionale o locale – del soggetto gravato dell'obbligo non presenta alcun rilievo – si tratta della questione di fondo che rileva quanto al concetto di pubblico servizio, vale a dire se a dover essere (diretto al) pubblico sia il servizio, funzionale al godimento dei diritti sociali e delle libertà (come io penso) ovvero sia la qualificazione del soggetto titolare del servizio. In questa prospettiva, è proprio il pluralismo sociale ed istituzionale che deve concorrere alla realizzazione dell'insieme delle prestazioni necessarie a soddisfare le pretese contenute nel diritto sociale o libertà.

L'attribuzione del compito di rimuovere gli ostacoli all'effettivo godimento dei diritti in modo eguale, infatti, assegna all'autorità il compito di regolare, indirizzare, sostenere, dettare «*i programmi e i controlli*» sull'attività economica, necessariamente attraverso la legge, che consentano alla società, nel suo ambito, di produrre servizi e beni necessari alla soddisfazione delle pretese che corrispondono all'esercizio dei diritti fondamentali.

E' la disciplina dello spontaneo processo sociale che costituisce la fondamentale dimensione di esercizio del potere pubblico per l'assolvimento del

compito costituzionale dell'uguaglianza come funzione della rimozione degli ostacoli al godimento pieno di quei diritti.

4.2.2. Il che contiene con chiarezza la dimensione pluralista dell'eguaglianza. L'eguaglianza, come parte del dispositivo giuridico dei diritti fondamentali, non è una pretesa da agire nei confronti dei pubblici poteri soltanto, ma è destinata a valere in qualunque rapporto si formi nell'ambito dell'ordinamento.

Una volta che l'attività economica sociale sia stata regolata in funzione dell'eguaglianza – ovvero, per l'ipotesi in cui nessuna regolazione sia necessaria perché spontaneamente l'attività economica raggiunge l'obiettivo in modo ritenuto adeguato (per come l'adeguatezza è intesa dall'art. 118 Cost.)⁽⁸³⁾ – la pretesa sarà rivolta direttamente nei confronti dell'operatore economico.

Vi sono, nelle disposizioni costituzionali, motivi testuali inequivoci che fanno ritenere per nulla convincente l'orientamento tradizionale che fa coincidere con lo Stato e gli enti pubblici il soggetto gravato da questo «compito». Vi sono motivi di politica del diritto che fanno facilmente intendere la completa inattualità di quest'interpretazione. Soprattutto, dal mio punto di vista, c'è un dato dogmatico complessivo che mina queste letture “stataliste” o “pan-pubblicistiche”: la pretesa all'eguaglianza è un dato essenziale della sovranità per come essa si esprime permanentemente nell'ordinamento, sicché è il dato costitutivo di quest'ultimo e non potrà che valere nei confronti di qualunque soggetto in esso operante.

Il che conduce a conseguenze assai chiare sul regime. Credo di dover riprendere alcune idee che ho già provato a sostenere in relazione alla natura e regime sia dei diritti sociali che del pubblico servizio⁽⁸⁴⁾. I diritti fondamentali, come osservato, contengono pretese che richiedono, per la loro soddisfazione,

⁸³ Sul problema, in generale, P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, CEDAM, 2004.

⁸⁴ Sia consentito ancora rinviare a L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit. e ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit.

di poter disporre di beni, servizi, prestazioni. Come ho appena rammentato, queste pretese operano in un dispositivo giuridico di cui è parte essenziale la regola dell'eguaglianza – giacché il loro godimento pieno ed eguale è parte essenziale del compito costituzionale assegnato alla Repubblica.

Per conseguenza, la persona è titolare di diritti fondamentali, la cui dimensione inviolabile si trattiene permanentemente nell'ambito della sovranità, mentre quella che inviolabile non è richiede prestazioni, beni, servizi e pretende che l'accesso ad essi sia regolato (dalla legge) nel senso dell'eguaglianza, vale a dire in modo tale che sia assolto il compito di rimuovere gli ostacoli al pieno sviluppo della persona.

Esempio particolarmente evidente di questa spiegazione è quello dei «*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*» (art. 117, co. 1, lett. *m*). La più parte della letteratura giuridica nazionale ha ritenuto che la norma si riferisca alle prestazioni che debbono essere assicurate dallo Stato, dalle Regioni, città metropolitane, Comuni, enti pubblici.

Da un punto di vista di puro diritto positivo questa spiegazione mi pare incomprensibile. Infatti, la Costituzione si limita a prevedere che sia la legge dello Parlamento a provvedere alla «*determinazione dei livelli essenziali*». L'unico compito di cui sia gravata l'autorità pubblica è quello della determinazione legislativa dei livelli di prestazione ed in nessun luogo si legge che a questa definizione dei livelli consegua anche l'assegnazione del compito di provvedervi attraverso organizzazioni pubbliche. Del resto, anche ad osservare la realtà, una simile spiegazione si regge solo sulla pretermissione del rilievo delle prestazioni rese da organizzazioni, profittevoli o meno, private che operano che nelle più diversi settori di rilievo – basterebbe pensare all'istruzione, anche universitaria, alla sanità, all'assistenza, e via enumerando.

La soddisfazione della pretesa che rientra nei «*diritti civili e sociali*» e che richieda l'accesso a «*prestazioni*» garantite «*su tutto il territorio nazionale*» potrà deri-

vare dall'azione di qualunque soggetto nell'ordinamento, anche interamente da parte di organizzazioni private – profittevoli o meno –, sicché nulla legittima l'idea che codeste prestazioni debbano essere rese da organizzazioni pubbliche. L'eguaglianza opera in via di attribuzione perché assegna allo Stato il compito di determinarne «i livelli» attraverso legge del Parlamento.

Poiché è compito di tutti gli attori della Repubblica la rimozione degli ostacoli all'uguaglianza ed essa richiede che i livelli di godimento delle prestazioni siano determinati dalla legge ed, una volta determinati, siano effettivamente fruibili, lo Stato e gli enti territoriali non potranno venire meno a questo compito e dovranno provvedere che le prestazioni siano rese a fronte del fallimento del mercato regolato dalla legge; ma solo in questa ipotesi. La piana lettura degli artt. 41, 43 e 118 Costituzione portano a questa semplice conclusione.

4.3. Il puro esercizio sistematico relativamente al diritto positivo descrive un potere pubblico che assume la programmazione come metodo essenziale di governo. Spetta (41 Cost.) all'autorità la programmazione delle risorse e dei servizi, attraverso la considerazione di ciò che spontaneamente viene dalla società, di ciò che deriverà da un'adeguata regolazione e, semmai, dai necessari sostegni ed incentivi, dimodoché solo sussidiariamente ed eccezionalmente (art. 43 Cost.) debba verificarsi l'ipotesi dell'intervento diretto di soggetti pubblici nell'attività di erogazione delle «prestazioni».

In questa ipotesi rileva il profilo della funzionalizzazione – generale per ogni attività direttamente posta in essere da autorità pubbliche – giacché anche l'attività di prestazione è geneticamente funzionale al conseguimento del pubblico interesse, da intendersi come il conseguimento della massimizzazione del godimento dei diritti fondamentali, per la parte di prestazioni in essi contenuti che non possono trovare diretta ed immediata soddisfazione, in modo pieno ed eguale.

4.4. Proprio la collocazione dell'eguaglianza nella dinamica dei diritti fondamentali – come luogo giuridico in cui permanentemente si trattiene la sovranità – nella dinamica della loro relazione con i poteri (pubblici e privati), costituisce la risposta efficace ai problemi dell'influsso neo-liberale sull'ordinamento.

Infatti, finché l'uguaglianza si confronta con queste evoluzioni del sistema dei poteri come pretesa politica, come esigenza di giustizia, essa si muove sullo stesso livello dei suoi avversari. Non mi pare serva un'articolata osservazione per rendersi conto del fatto che, nell'organizzazione politica della società, prima ancora che nella sua rappresentanza istituzionale, la domanda di uguaglianza sembra da decenni piuttosto offuscata, le organizzazioni politiche che a questa pretesa si richiamano sono scomparse o poco rilevanti, profonde dimensioni strutturali – cui s'è fatto cenno – contraddicono le esigenze del Welfare e, più ancora della presenza di una significativa presenza statale fuori degli ambiti della garanzia delle funzioni statali minime dell'amministrazione della giustizia, della realizzazione delle infrastrutture necessarie, della garanzia dell'ordine pubblico, della sicurezza e della legalità. Mi pare più che chiaro che in una società a forte concentrazione della ricchezza, delle decisioni e delle conoscenze strategiche ed a contestuale adeguato benessere minimo della generalità, la domanda di uguaglianza appare recessiva rispetto a quella di protezione della sicurezza, dell'ordine e della condizione di relativo benessere sussistente.

In altri termini, finché si consideri l'eguaglianza come un'istanza politica non ci si potrà lamentare della circostanza ch'essa subisca le sorti naturali delle questioni che appartengono all'ambito politico, con il risultato di apparire dominanti o recessive di tempo in tempo.

A me pare, invece, che la dogmatica costituzionale dell'eguaglianza imponesse di considerarla una pretesa giuridica, che si colloca all'interno della dinamica della sovranità e, come tale, a seguire l'ordine di idee che mi pare di dover pro-

porre, è strutturalmente sottratta alla scelta politica, all'ambito di discrezionalità del legislatore – e per conseguenza, a quello dell'amministrazione pubblica.

Mi pare, altresì, chiaro come in questa prospettiva diritti fondamentali ed eguaglianza sono strumenti giuridici destinati a rivolgersi prevalentemente contro i poteri (pubblici e privati), piuttosto che attendersi affermazione politica al loro interno. Naturalmente, non è affatto escluso che ciò possa avvenire – come mostrano alcune tendenze recenti del mercato, come per il caso degli ESG investments ⁽⁸⁵⁾.

4.5. Infine, tratto essenziale del regime costituzionale dell'eguaglianza, è quello dell'azionabilità delle pretese che ad essa corrispondono. In questo senso, a fornire l'*actio utilis* di caso in caso necessaria, varrà l'art. 24 Cost., che assicura la tutela processuale delle posizioni soggettive riconosciute dall'ordinamento (e non di nutrono più dubbi da decenni circa il fatto che i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione siano posizioni soggettive) attraverso le tecniche di tutela, anche atipiche, disponibili.

5. Brevi osservazioni finali sui critici.

Si è fatto già riferimento alle opinioni che ritengono fallimentare una strategia di protezione dell'uguaglianza fondata sui diritti fondamentali.

5.1. Si tratta di posizioni che attengono alla politica del diritto e non alla ricostruzione dogmatica del diritto positivo; come tali, sono irrilevanti per il nostro discorso che, invece, si svolge esattamente nel perimetro del diritto positivo. Tuttavia, conclusivamente, mette conto occuparsene per due ragioni: anzitutto, non si può essere *naïve* rispetto alla costruzione del sistema del diritto positivo, trascurando – soprattutto rispetto ad un tema come quello che qui si affronta – la reale sostanza dell'ordinamento e della società; in secondo luogo,

⁸⁵ Per maggiori informazioni, S. RATHNER, S. The Influence of Primary Study Characteristics on the performance Differential between Socially Responsible and Conventional Investment Funds: A Meta-Analysis, in *Journal of Business Ethics*, 118/2 (2013), 349 (consultabile in <http://doi.org/http://dx.doi.org/myaccess.library.utoronto.ca/10.1007/s10551-012-1584-z>) ; P. KRÜGER, *Corporate goodness and shareholder wealth*, in *Journal of Financial Economics*, 115/2 (2015), 304 (consultabile in doi:10.1016/j.jfineco.2014.09.008)

perché anche le tesi di politica del diritto sono utili a mettere in tensione le categorie del diritto positivo ed a comprenderne limiti e potenzialità.

Ci si intende, primariamente, riferire alla tesi di Moyn⁽⁸⁶⁾ circa l'inadeguatezza dei diritti fondamentali a generare eguaglianza; si afferma che la posizione di chi voglia fondarsi sui diritti fondamentali sarebbe «*inambitious in theory and ineffectual in practice to face of market fundamentalism's success*»⁽⁸⁷⁾; la tesi si fonda su un'ampia ricostruzione storica, che finisce per contrapporre i diritti fondamentali alle strategie politiche (prima tra tutte, il socialismo), di affermazione dell'uguaglianza sociale ed economica, sicché si instaura un parallelo tra uguaglianza, *welfare*, socialismo e, dall'altro lato, «*individualistic and often antistatist basis, that human rights share with their market fundamentalist Doppelgänger*»⁽⁸⁸⁾ e compatibilità tra piena attuazione dei diritti fondamentali e «*radical inequality*»⁽⁸⁹⁾. Nella sostanza, la strategia di conseguire uguaglianza attraverso la piena attuazione dei diritti fondamentali sarebbe del tutto inadeguata perché – consapevolmente o meno – strutturalmente coerente con il fondamentalismo del mercato (entrambi sono individualistici e anti-statalisti), del tutto compatibile con la più radicale disuguaglianza e priva di strumenti efficaci – giacché il suo massimo sforzo di richiesta di giustizia sociale consisterebbe nell'azione legale per l'ottenimento dell'uguaglianza nel godimento dei diritti, che sarebbe «*simply not fit for use*»⁽⁹⁰⁾. La conclusione è che «[a] *critical reason that human rights have been a powerless companion of market fundamentalism is that they simply have nothing to say about material inequality*»⁽⁹¹⁾.

Ciò che sarebbe necessario, invece, è una profonda redistribuzione della ricchezza attraverso una massiccia riforma fiscale, la ricostruzione della classe media attraverso un significativo intervento diretto dello Stato e l'implementa-

⁸⁶ S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit.

⁸⁷ S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit., 216.

⁸⁸ S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit., 218.

⁸⁹ S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit., 213.

⁹⁰ S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit., 218.

⁹¹ S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit., 216.

zione del *Welfare*, nonché l'introduzione di nuove regole *antitrust* per spezzare gli oligopoli che concentrano la ricchezza ⁽⁹²⁾.

5.2. Si tratta di affermazioni smentite dai fatti.

In particolare, collegandosi a quanto detto al paragrafo 4.5. appena sopra, vale la pena di osservare che una ricognizione non limitata all'Italia – Paese nel quale le Corti più elevate appaiono ingiustificatamente prudenti nella protezione dei diritti fondamentali, per quanto non manchi significativa giurisprudenza favorevole ⁽⁹³⁾ – o agli Stati Uniti, metterà in luce una pluralità di casi di notevole importanza, nei quali le Corti supreme, costituzionali o di vertice della giurisdizione nazionale hanno sia applicato direttamente i diritti fondamentali per annullare decisioni ovvero imporre il conseguimento di risultati o l'adempimento di compiti agli Stati nazionali, così come hanno concretamente assunto decisioni in grado di proteggere (primariamente) le classi deboli o (più debolmente) quelle medie dall'ampliarsi della diseguaglianza economica e sociale ⁽⁹⁴⁾.

5.3. La semplice smentita sulla base delle evidenze di fatto, per quanto dirimente per un giurista (e probabilmente per qualunque categoria di intellettuali), non sembra sufficiente. Sembra utile, invece, cogliere alcuni punti della critica.

Anzitutto, è da osservare che – almeno nella mia prospettiva – non v'è alcun sospetto di individualismo estremo nella costruzione teorica: la Costituzione italiana protegge «i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.) e non ci si è mai discostati da questo schema nella proposta dogmatica formulata in questa sede (o in al-

⁹² S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, cit., da 213 a 221.

⁹³ Sul punto, manca un'analisi accurata – ed, anzi, sembra urgente provvedervi; importanti indicazioni sono, comunque, in M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, cit.

⁹⁴ Un'analisi molto documentata e puntuale – distinta lungo i due versanti della critica di Moyn, vale a dire l'inadeguatezza della leva giurisdizionale attivata sulla base di azioni dirette a far valere diritti fondamentali ovvero della capacità di questa stessa leva di assicurare protezione differenziata alle classi medie o modeste – si legge opportunamente in M. VERSTEEG, *Can Rights Combat Economic Inequality?*, cit (ma si veda anche A. CHILTON, M. VERSTEEG, *How Constitutional Rights Matter*, Oxford University Press, 2020, ove una serie di casi tratti dalla prassi di Colombia, Myanmar, Polonia, Russia, Tunisia, Turchia e Stati Uniti).

tre). La dimensione normativa della «*persona umana*» come referente dei diritti fondamentali garantisce l'assenza di individualismo e la dimensione pluralista della proposta conferma questa conclusione. Il tema è rilevante anche in termini sistemati, perché è noto a tutti come il personalismo di cui è intrisa la nostra Costituzione costituisce una reazione seria alla debolezza del singolo individuo rispetto al potere (e l'isolamento del singolo in confronto al potere è largamente stato utilizzato in passato e chiaramente evidente nei dispositivi dettati dal legislatore o dall'amministrazione nelle recenti emergenze, così come ampiamente vi ricorrono le concentrazioni oligopolistiche di potere finanziario e tecnico). In altri termini, nessuna proposta dogmatica che fondi le funzioni pubbliche, i loro doveri e finalità sul solo individuo isolato potrà avere successo né da un punto di vista sistematico (per il potenziale contrasto tra i portatori dei diritti nell'individualismo radicale), né pratico.

In secondo luogo, queste critiche pongono in luce la necessità di concentrare l'attenzione relativamente alla capacità della giurisdizione di assicurare protezione alle pretese che si accompagnano con l'attesa di azioni (di programmazione, di regolazione) pubbliche e della disponibilità (non importa se da produttore pubblico o privato) di prestazioni. Le tecniche di tutela sono certamente disponibili e più volte utilizzate dalla giurisprudenza nel passato recente; tuttavia, l'attento monitoraggio culturale delle decisioni giurisdizionali è un compito al quale attendere con impegno.

Infine, la posizione di Moyn è rilevante nel nostro dibattito per un'ultima ragione. Si tratta di una proposta che guarda al passato – e che nei modelli del passato fonda la sua proposta su tassazione, intervento pubblico, ampliamento del *Welfare* pubblico. Naturalmente il punto debole maggiormente evidente di questo tipo di proposte è che non spiegano affatto come possano essere realizzabili: è piuttosto chiaro che la situazione presente è determinata da rapporti di forza esistenti tra componenti della società, tra politica, potere economico e tecnologico, tra sistemi economici continentali tra loro, tra persone e gestione

del potere tecnologico e delle informazioni. Come una determinata realtà storica possa produrre il contrario di ciò che ha generato fin qui solo per ragioni politiche opposte a quelle interpretate negli ultimi decenni resta del tutto misterioso (e privo di qualunque realismo).

Ma il punto rilevante non è questo (anche perché è talmente evidente da non mettere conto di sottolinearlo). Piuttosto, questa tesi – nel suo essere tagliente con gli avversari e totalmente velleitaria nella parte propositiva – mette in luce, in modo salutare, ciò che posizioni meno nette tendono a nascondere, vale a dire la continua riproposizione del passato come situazione ideale alla quale ritornare. Si tratta di posizioni largamente diffuse nella dottrina italiana di diritto pubblico, ad esempio rispetto all'uso dell'emergenza – rispetto al quale non è affatto raro leggere la nostalgia del ruolo del Parlamento, la legittimazione dell'abuso di decisioni amministrative miscelato con la debole raccomandazione del rispetto della teoria delle fonti, la nostalgia per la partecipazione attraverso i partiti unita alla svalutazione del ruolo dei diritti individuali, la doglianza verso la concentrazione del potere economico e tecnico accompagnata dalla speranza di un maggiore intervento pubblico proprio dello Stato sociale senza nessuna considerazione del rilievo della crisi fiscale degli Stati e senza accogliere alcun limite in capo al legislatore della legge di bilancio, e molto altro ancora. Si tratta di posizioni che segnano uno smarrimento, a fronte del quale non si sa che guardare al passato ma che scontano la difficoltà di analisi del presente, la mancata comprensione della natura strutturale del mutamento intervenuto, in una parola la rinuncia al compito del giurista, alla *«ricerca, riconsiderazione e svelamento delle ragioni del diritto in ogni momento storico»* ⁽⁹⁵⁾.

⁹⁵ G. PASTORI, *Intervento*, cit.

MARIA CRISTINA CAVALLARO

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo dell'Università di Palermo

mariacristina.cavallaro@unipa.it

**DIVARIO TERRITORIALE, COESIONE SOCIALE E
TUTELA DEI DIRITTI: IL RUOLO DELLE REGIONI IN
TEMPO DI CRISI**

**TERRITORIAL DIVIDE, SOCIAL COHESION AND PROTECTION
OF RIGHTS: THE ROLE OF THE REGIONS IN TIMES OF CRISIS**

SINTESI

L'articolo si occupa di verificare il ruolo delle regioni in tempo di crisi, finanziaria prima e sanitaria oggi, sia con riferimento alla gestione dell'emergenza pandemica, sia con riguardo alla gestione dei fondi del PNRR, in funzione del difficile tentativo di superare il divario territoriale, e in particolare il divario Nord-Sud, a garanzia di una maggiore protezione dei diritti delle autonomie e dunque della persona.

ABSTRACT

The article examines the role of the regions in times of crisis, firstly financial and now health, both with reference to the management of the pandemic emergency, and with regard to the management of the NRRP funds, in relation to the difficult attempt to overcome the territorial divide, and in particular the North-South divide, to guarantee greater protection of the rights of autonomy and therefore of the individual.

PAROLE CHIAVE: autonomia, regioni, funzioni amministrative, crisi, tutela dei diritti.

KEYWORDS: autonomy, regions, administrative functions, crisis, rights protection

INDICE: 1. La perenne crisi del regionalismo italiano: un po' di storia – 2. L'emergenza pandemica a vent'anni dalla riforma del Titolo V: dal centralismo statale, all'autonomia regionale e ritorno – 3. Le funzioni delle regioni nella gestione del PNRR tra divario territoriale e coesione sociale – 4. Alcune considerazioni finali: autonomia dei territori e tutela dei diritti

1. La perenne crisi del regionalismo italiano: un po' di storia

Cinquant'anni fa la nascita delle regioni a statuto ordinario ha segnato il compimento del disegno organizzativo della pubblica amministrazione, contenuto nella Carta costituzionale. Se si guarda all'esperienza complessiva maturata lungo l'arco di questo mezzo secolo, non si può fare a meno di assumere la riforma del Titolo V della Costituzione (da considerare unitariamente alla riforma del 1999 sull'elezione diretta dei presidenti di regione) come una sorta di spartiacque, che consente di mettere a fuoco almeno due prospettive tra loro profondamente differenti. C'è, in altri termini, un 'prima' e un 'dopo' la riforma, che ha ridefinito l'assetto dei poteri delle regioni e ha inciso in modo significativo nella dinamica complessiva del rapporto tra Stato e regioni.

Le questioni possono essere affrontate ripercorrendo, sia pure a grandi linee, questa linea del tempo e guardando, sempre in termini generali, a quel 'prima' e al 'dopo' cui si è fatto cenno.

Le esigenze alle quali si prova a dare una risposta e le garanzie che l'istituzione delle regioni tendono a realizzare sono riconducibili a più fattori, rispetto ai quali è possibile provare a dare un ordine concettuale e sistematico.

Vi è senza dubbio l'idea di assicurare una compiuta realizzazione del principio autonomistico contenuto all'art. 5 Cost., che si coniuga alla previsione della potestà legislativa delle stesse regioni sotto il regime di quella che fu la prima formulazione dell'art. 117 Cost.: una spinta nella direzione della autonomia, e soprattutto dell'autonomia di indirizzo politico, che i nuovi soggetti avrebbero potuto assicurare, non necessariamente convergente con l'indirizzo politico espresso dal governo centrale. Già agli occhi dei costituenti, l'attribuzione di una potestà legislativa delle regioni si manifesta come presupposto necessario per assicurare l'autonomia politica dei territori¹.

¹ R. BIN, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi e domani*, in *Le Regioni*, 2021, 41.

L'autonomia regionale assicura inoltre la ricchezza e l'effettività del disegno pluralista della Costituzione: è «un modo di essere della Repubblica, quasi la faccia interna della sovranità dello stato», secondo la nota formula di Berti ².

Autonomia e sovranità, dunque, che nel lessico della Corte costituzionale esprimono significati profondamente diversi, non sovrapponibili: la sovranità racchiude infatti «le caratteristiche proprie di un ordinamento statale indipendente rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento internazionale»³. La sovranità, pertanto, non può essere riferita alla regione, per connotare il suo rapporto con lo Stato, se non all'interno di «modelli di tipo federalistico», «nei quali le entità territoriali componenti lo Stato federale mantengono forme ed istituti che risentono della loro preesistente condizione di sovranità». Semmai, le autonomie riconosciute dall'art. 5 Cost. e le «forme e condizioni particolari di autonomia» ammesse dall'art. 116 Cost. costituiscono uno dei modi di esercizio della sovranità popolare, prefigurati nell'art. 1 della nostra Carta costituzionale⁴. In ogni caso, l'autonomia disegnata dalla nostra Costituzione non è pensata per favorire istanze federaliste, ma è semmai concepita come uno strumento di garanzia e di attuazione dei diritti.

Sul piano del riparto di funzioni amministrative, la linea di continuità con la potestà legislativa si traduce nel noto principio del parallelismo, anch'esso in un certo senso riconoscente di una centralità dello Stato, che in tal modo mantiene il ruolo di forza nel dialogo con le regioni e nell'assetto complessivo dei

²G. BERTI, *Art. 5*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna-Roma, 1975, p. 286.

³Secondo una visione non distante da quella di Santi Romano, per il quale l'ordinamento sovrano è l'ordinamento originario, «indipendente da qualsiasi altro ordinamento», S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, rist. inalt., p. 17; come pure C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, trad. it. P. Schiera, Bologna, 1972, per il quale «sovranità è il potere supremo e non derivato», p. 34.

⁴Corte Cost. 7 novembre 2007, n. 365 che ha dichiarato l'illegittimità di una legge regionale sarda istitutiva della Consulta per il nuovo statuto di autonomia e sovranità del popolo sardo, su cui v. P. CARETTI, *La «sovranità» regionale come illusorio succedaneo di una «specialità» perduta: in margine alla sent. della Corte costituzionale n. 365/2007*, in *Le Regioni*, 2008, 219; in senso critico, O. CHESSA, *La resurrezione della sovranità statale nella sent. n. 365 del 2007*, *ibidem*, 227. Nella stessa direzione Corte Cost. 10 aprile 2002, n. 106, sull'illegittimità costituzionale della legge con la quale il Consiglio regionale della Liguria ha approvato la proposta di istituzione del Parlamento della Liguria.

poteri. Secondo una dinamica che, sempre nella prima fase e guardando anche all'interno della struttura organizzativa delle regioni, è segnata, a sua volta, da una maggiore centralità dei Consigli regionali. Al tempo stesso, emerge la funzione amministrativa delle regioni, il loro ruolo di enti esponenziali, deputati a farsi interpreti delle istanze e delle necessità dei territori e degli amministrati, secondo un processo di definizione dell'interesse pubblico che inevitabilmente risente del controverso rapporto tra politica e amministrazione⁵.

Se questo è il disegno complesso del costituente e del legislatore, non mancano i punti di debolezza che ne compromettono sin dall'inizio una compiuta realizzazione.

S'è parlato, in primo luogo, di assenza di una precisa identità territoriale dello spazio assegnato alle regioni, che non sempre tiene conto delle origini e delle tradizioni culturali delle realtà su cui viene calata la riforma, con l'effetto di far prevalere il processo di regionalizzazione sul progetto di un vero e proprio regionalismo⁶. Di contro, la frammentazione regionale accentua progressivamente il divario tra nord e sud, sul piano economico e sociale, ma anche istituzionale, producendo così nuove forme di assonanze e coesione tra alcuni territori, ma accrescendone la distanza rispetto ad altri⁷.

Per altro verso, con difficoltà i Consigli regionali riescono ad affrancarsi dall'equilibrio politico centrale, limitandosi per lo più a riprodurre le dinamiche dei rapporti tra le diverse forze di maggioranza e opposizione. E fanno altresì fatica a consolidare l'autonomia di indirizzo politico, anche per la pochezza, sul piano qualitativo e quantitativo, delle materie su cui esercitare la potestà legislativa, con evidenti ricadute sul conseguente esercizio di funzioni amministrative,

⁵Cfr. Corte Cost. 12 giugno 1991, n. 276, secondo cui la natura della regione quale «ente politico esponenziale della comunità regionale, il cui fondamento e la cui garanzia sostanziale di fronte allo Stato e ai poteri del legislatore nazionale», vanno al di là della stessa competenza legislativa prevista dall'art. 117 Cost., risiedendo «piuttosto nell'art. 5 della Costituzione stessa».

⁶M. CAMELLI, *Regioni e regionalismo: la doppia impasse*, in *Le Regioni*, 2012, 674.

⁷S. MANGIAMELI, *La nuova parabola del regionalismo italiano: tra crisi istituzionale e necessità di riforme*, in *Riv. Giur. del Mezzogiorno*, 2012, 711, il quale osserva come in realtà la questione meridionale abbia esercitato una forte influenza nel dibattito dell'Assemblea costituente con riferimento alla formulazione del Titolo V, 714.

che si traduce in una «ridotta autonomia amministrativa» degli apparati regionali⁸.

Nel complesso, la natura ibrida delle regioni, sospese a metà tra l'essere soggetti politici, muniti di potestà legislativa, e la necessaria qualificazione in termini di enti amministrativi titolari di funzioni, correlate alla cura degli interessi, risente del compromesso trovato dai costituenti nella prima formulazione del Titolo V. Che, originariamente, rappresenta il punto di convergenza tra l'esigenza di garantire la centralità e l'unità dello Stato sovrano, rivendicata da quelle forze che ritenevano prioritario assicurare l'attuazione delle riforme necessarie per la tutela dei diritti, e la volontà di restituire dignità alle «libertà locali», mortificate dall'esperienza fascista⁹.

La concreta realizzazione dell'impianto costituzionale, avvenuta dopo vent'anni di dibattito politico, risente cioè della natura compromissoria del disegno originario e trattiene le regioni in una posizione di incertezza, una sorta di zona grigia, che ne impedisce una piena attuazione e le consegna a una condizione di stallo e di crisi, che si sarebbe manifestata ben presto¹⁰.

Eppure, se si guarda al 'dopo' la riforma del Titolo V, emergono elementi di riflessione che meritano di essere considerati.

Se, infatti, per un verso appare evidente la condizione di 'perenne' crisi del regionalismo, probabilmente legata ai fattori che sommariamente si sono richiamati, è innegabile che, negli anni Settanta, la nascita delle regioni avviene in un quadro di generale e diffusa partecipazione politica, che caratterizza il dibattito pubblico, consentendo che le visioni più classiche, legate al centralismo dello Stato, possano essere rivitalizzate dal processo riformatore. Cosicché non sono stati pochi i casi in cui la potestà legislativa delle regioni è riuscita a esprimersi anche prima dell'intervento del legislatore statale, pur se entro i limiti del-

⁸M. CAMMELLI, *op. cit.*, 678.

⁹S. MANGIAMELI, *op. cit.*, 713.

¹⁰Cfr. G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, p. 491; F. MERLONI, *Alla ricerca di un nuovo senso per un regionalismo in crisi*, in *Le Regioni*, 2012, 783.

la competenza concorrente assegnata dall'art. 117 Cost.¹¹. Diversamente da quanto si è verificato negli ultimi anni, caratterizzati da una ipertrofia della legislazione statale, che copre una pluralità di ambiti e rispetto alla quale le regioni assai spesso faticano a mantenere il passo.

Al di là di questa considerazione, c'è da dire comunque che il 'prima' e il 'dopo' la riforma esprimono due diversi aspetti del regionalismo e del suo rapporto con il centralismo statale: giacché in un caso, l'articolazione territoriale e la relativa autonomia regionale sono funzionali ad assicurare il «modello di convivenza nazionale», progettato dal nostro costituente, per cui l'autonomia in generale e il regionalismo in particolare devono essere interpretati come fattori di unità, pur nella diversità delle singole realtà territoriali; in epoca più recente, è fuori di dubbio che il regionalismo che viene fuori dalla riforma del Titolo V sprigioni una forza centrifuga, che accentua le distanze culturali e territoriali, connotando di profonda conflittualità il rapporto con lo Stato centrale¹². Che si manifesta quasi subito con la crisi finanziaria e in modo ancor più evidente, come si vedrà, di fronte all'emergenza sanitaria.

La riforma del Titolo V viene da lontano. Il dibattito politico degli anni Novanta aveva prodotto i noti effetti del decentramento amministrativo «a Costituzione invariata»¹³, per cui la *ratio* della riforma costituzionale riposa, con buona probabilità, nell'esigenza di raccogliere e mettere a sistema gli esiti della legislazione ordinaria. Nel nuovo regionalismo emergono i tratti di una spiccata (quantomeno negli auspici) forma di decentramento legislativo, che si traduce nell'inversione del criterio di riparto contenuto nell'art. 117 Cost., oltre che nella rinuncia alla formula dell'interesse nazionale e nella previsione di una potestà legislativa residuale delle regioni. La riforma avrebbe dovuto generare un 'mutamento di paradigma', rispetto al quale il controverso rapporto tra l'esigenza di

¹¹V. ONIDA, *Le cause profonde della crisi del regionalismo*, in *Le Regioni*, 2012, 791.

¹²In tal senso ancora V. ONIDA, *op. cit.*, che nel primo caso parla di «regionalismo per unire», mentre nel secondo di «regionalismo per dividere», 794.

¹³Il percorso avviato con la legge 15 marzo 1997, n. 59, c.d. legge Bassanini, è stato sostanzialmente confermato da Corte Cost. 14 dicembre 1998, n. 408; M. CLARICH, *Federalismo fiscale e federalismo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 105.

assicurare l'unità dello Stato e la spinta in favore del principio di autonomia avrebbe dovuto trovare un nuovo equilibrio, prediligendo stavolta il ruolo delle regioni, secondo un modello che nel dibattito politico evoca l'idea federalista.

Nei fatti, però, il riparto di competenze tracciato dal nuovo Titolo V espone Stato e regioni a forti contrasti, finalizzati a definire il perimetro delle rispettive potestà legislative. L'intervento della Corte costituzionale, oltre a frenare l'idea federalista¹⁴, si è orientato nella direzione di individuare una linea di confine coerente con le diverse istanze di volta in volta manifestate e con l'esigenza di assicurare il bilanciamento degli interessi. Ma, probabilmente, ha indebolito il progetto originario, ridimensionando l'effettiva portata della riforma, pensata in favore dell'autonomia regionale.

Sul piano delle funzioni amministrative, l'abbandono del criterio del parallelismo non è stato compensato da un criterio altrettanto adeguato, giacché il principio di sussidiarietà, che avrebbe dovuto assicurare «il più ampio decentramento» voluto già dal costituente, non ha prodotto una effettiva distribuzione delle funzioni verso il basso. È mancato infatti un adeguato intervento legislativo (a parte la legge 5 giugno 2003, n. 131, c.d. legge La Loggia) che guidasse il trasferimento, anche in termini di assegnazione delle risorse. È mancata, inoltre, una puntuale disciplina sulle forme del coordinamento tra Stato e regioni e i relativi strumenti: il raccordo è stato affidato al sistema delle Conferenze ovvero, più in generale, al principio di leale collaborazione, che, anche nell'interpretazione della Corte costituzionale, sembra caratterizzare l'intervento del legislatore costituzionale del 2001¹⁵.

Al contrario, quasi per paradosso, il principio di sussidiarietà, pensato dal legislatore costituzionale per assicurare la titolarità delle funzioni amministrative in favore dei Comuni, è stato reinterpretato dalla Corte costituzionale valorizzandone la direzione «ascensionale», tale per cui «quando l'istanza di eserci-

¹⁴Si pensi alla già richiamata Corte Cost. n. 365 del 2007, cit.

¹⁵Corte Cost. 9 novembre 2016, n. 251, anche se com'è noto, il sistema delle Conferenze precede la riforma del 2001: sul punto 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*, 2017, 119.

zio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato». Il che, per la Corte, ha un'evidente ricaduta sull'esercizio della funzione legislativa, per cui, anche da un punto di vista logico è da escludersi che ciascuna regione possa disciplinare, con propria legge, materie le cui funzioni amministrative siano «attratte» al livello statale¹⁶.

Per altro verso, prima ancora della riforma del Titolo V, la riforma del 1999, con l'elezione diretta del presidente della regione, definisce un nuovo assetto nel sistema complessivo dei poteri degli organi regionali e nel rapporto con il governo centrale. La spinta personalista tende a spostare il punto di equilibrio in favore dei presidenti di regione, che invocano la carica di 'governatore' e sono sorretti dall'investitura popolare¹⁷, ma a detrimento delle relative assemblee legislative. Le quali sono progressivamente spogliate del potere decisionale, sia sul fronte dei rapporti interni, sia nel confronto con il potere centrale: l'attività legislativa dei Consigli regionali è sempre più scarna¹⁸, nonostante il potenziale ampliamento delle competenze, con evidenti ricadute sul piano dell'autonomia politica dei territori, posto che la titolarità di una potestà legislativa delle regioni avrebbe dovuto costituire il presupposto per la garanzia del principio autonomistico.

Lungo la stessa linea di orizzonte si colloca il ricordato sistema delle Conferenze, che risente dell'equilibrio politico nazionale e costituisce un ulteriore passo in avanti verso la personalizzazione della decisione politica, assunta al di fuori degli organi che dovrebbero assicurare la rappresentanza elettorale¹⁹.

¹⁶Corte Cost. 25 settembre 2003, n. 303.

¹⁷R. BIN, *Il ruggito del Governatore*, in *Le Regioni*, 2000, 467.

¹⁸Da uno studio della Banca d'Italia emerge che dalle 744 leggi l'anno che le Regioni italiane hanno prodotto nel 1988 si è scesi alle 524 del 2015 con un calo importante proprio l'anno successiva l'approvazione del Titolo V. Se nel 2001, infatti, le leggi prodotte sono state 615, nel 2002 sono calate a 563 per poi scendere negli anni successivi fino a un minimo di 421 leggi nel 2010.

¹⁹In argomento, R. BIN, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi, domani*, cit., 44. Il processo, qui sommariamente evocato, è ampiamente descritto da L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, Soveria Mannelli, 2021.

2. L'emergenza pandemica a vent'anni dalla riforma del Titolo V: dal centralismo statale, all'autonomia regionale e ritorno

A distanza di vent'anni dalla riforma del Titolo V, non si può dire che il regionalismo goda di buona salute e, probabilmente, le ragioni di questa condizione sono da attribuire a una pluralità di fattori, in parte legati alle considerazioni svolte in precedenza.

In primo luogo, come s'è visto, l'incerta definizione del perimetro della potestà legislativa delle regioni ha comportato un elevato tasso di contenzioso con lo Stato, di cui s'è fatta carico la Corte costituzionale che ha preferito assumere una posizione di cautela, frenando i tentativi di fuga in avanti di alcuni Consigli regionali. Lo si è in parte visto con la sentenza del 2003 sulla «attitudine ascensionale» del principio di sussidiarietà, ma anche con la sentenza del 2007 che si è pronunciata sul significato dell'autonomia, escludendo che la stessa possa consentire forme di 'sovranità regionale'²⁰.

La tendenza sinteticamente richiamata fa il paio con un ricorso ridotto alle potenzialità offerte dalla potestà legislativa residuale, su cui ancora una volta si è espressa la Consulta con interventi che, anche in tal caso, sono stati funzionali a contenere l'esercizio della potestà legislativa regionale in spazi non coperti dall'intervento statale. Emblematica al riguardo è la vicenda legata alla disciplina regionale degli asili nido, rispetto alla quale la Corte, pur ammettendo che la materia non possa rientrare nella competenza esclusiva dello Stato, perché non espressamente richiamata dall'art. 117, comma 2, Cost., ha escluso in termini generali la possibilità che una qualsivoglia materia possa essere attratta alla potestà residuale delle Regioni (ai sensi dello stesso art. 117, comma 4), per il solo fatto che la stessa non sia esplicitamente annoverata tra le materie contenute nei commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost.²¹.

Infine, è mancata l'attuazione del regionalismo differenziato, pensato dall'art. 116, comma 3 Cost. come un elemento ulteriore di autonomia da assi-

²⁰Corte Cost. n. 303 del 2003, cit. e n. 365 del 2007, cit.

²¹Corte Cost. 17 giugno 2003, n. 370.

curare alle regioni ordinarie per ridurne la distanza rispetto alle regioni a statuto speciale, nel tentativo di mitigare gli effetti del c.d. dualismo delle regioni. L'ipotesi di riconoscere «forme e condizioni particolari di autonomia» nelle materie di potestà concorrente e in quelle specifiche di potestà esclusiva dello Stato²², alle regioni che ne facessero richiesta, ha suscitato sin da subito un vivo interesse (oltre che comprensibili critiche e perplessità) da parte della dottrina. Ma si è tradotta unicamente nel tentativo di alcune regioni del centro nord, e cioè Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna, di avviare delle ipotesi di accordo e definire le prime bozze di intese con il Governo, che avrebbero poi dovuto superare l'approvazione parlamentare, ma che non hanno ancora visto la luce²³.

Il mutamento di prospettiva imposto dal capovolgimento del riparto di competenze delineato dal nuovo art. 117 Cost. non ha prodotto i risultati attesi anche (e forse soprattutto) in merito al conseguente riparto di funzioni amministrative.

Già l'esordio del novellato art. 114 Cost. colloca le autonomie locali al vertice di una ideale 'piramide rovesciata' nella quale i comuni figurano al primo posto tra gli enti autonomi che costituiscono la Repubblica, in quanto «titolari di funzioni proprie», secondo il modello della sussidiarietà verticale meglio definito dall'art. 118 Cost. Eppure, anche questo s'è detto, la concreta realizzazione di un principio di sussidiarietà inteso quale garanzia dell'autonomia dei territori ha stentato a realizzarsi pienamente, per vari ordini di ragioni. Che in primo luogo sono di carattere, per così dire, fisiologico, dal momento che l'attribuzione delle funzioni amministrative ai comuni presuppone pur sempre una previsione normativa di rango primario, che declini il principio costituzionale garantendone l'attuazione²⁴.

²²L'art. 116 comma 3 Cost. richiama le lettere l), in tema di organizzazione della giustizia di pace, n), in materia di istruzione ed s), tutela dell'ambiente ed ecosistema, dell'art. 117, comma 2, Cost.

²³Cfr. S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *federalismi.it*, 2020.

²⁴G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, p. 85 ss.

Ci si potrebbe domandare se la previsione di una potestà esclusiva dello Stato in materia di «funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» (art. 117, comma 2, lett. *p*)) sia coerente con la migliore garanzia e attuazione del principio autonomistico. Ma, seguendo l'insegnamento di Santi Romano, deve ritenersi infondata l'idea che tende a escludere l'autonomia in capo a quell'ordinamento «costituito in base a un altro ordinamento, giacché da questo rimarrebbe necessariamente assorbito»; essendo semmai ben possibile distinguere *diversi* livelli di autonomie, che implicano un «maggiore o minore *distacco* dell'ordinamento che ne deriva, da quello che gli sta a base»²⁵. Ed è per questo che assegnare la potestà legislativa alle regioni costituisce l'espressione più alta dell'autonomia dei territori, ove cioè il *distacco* dovrebbe essere maggiore, in quanto l'autonomia legislativa è presupposto per una più ampia realizzazione dell'autonomia di indirizzo politico, in funzione della tutela dei diritti.

Ad ogni modo, al di là della condivisione o meno del presupposto contenuto nel citato art. 117 Cost., è fuori di dubbio la necessità di una legge, la quale in forza del principio di legalità, assegni ai comuni le necessarie funzioni amministrative. E nel quadro della legge n. 131 del 2003, l'operazione di trasferimento di funzioni ha incontrato diversi ostacoli e prodotto non poche distorsioni, che hanno contribuito a frenare il progetto di riforma²⁶. Impedendo, tra l'altro, che le regioni potessero costituire uno snodo nella dinamica dei rapporti tra Stato ed enti locali, laddove, al contrario, lo Stato ha continuato a mantenere due distinte forme di raccordo: con le regioni, da un lato, e direttamente con gli enti locali, dall'altro.

Nel complesso, la conflittualità così manifesta tra Stato e regioni ha impedito un'effettiva attuazione del disegno riformatore, disperdendo la ragionevolezza del decentramento amministrativo, la cui *ratio* dovrebbe essere quella di

²⁵S. ROMANO, *Autonomia*, cit., p. 21, corsivo aggiunto.

²⁶In tal senso ancora S. MANGIAMELI, *op. cit.*, 722; ma anche A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2019.

bilanciare e correggere le distorsioni della centralizzazione, in funzione di una miglior cura degli interessi dei territori²⁷.

Ma c'è dell'altro.

Anni addietro, Luciano Vandelli sottolineava come l'autonomia comporti «funzioni di gestione: rilevanti per quantità e qualità, con riconoscimento di piena responsabilità, garanzia di effettività, finalizzazione agli interessi della popolazione amministrata»: e nel quadro di una riflessione più ampia sul ruolo delle autonomie territoriali, rilevava le «indebite compressioni» che la crisi economico-finanziaria aveva imposto, auspicando che si potessero superare le difficoltà contingenti, legate alle «instabilità delle emergenze», affinché le autonomie potessero recuperare il «legame con la propria comunità»²⁸.

Dieci anni più tardi, un'altra battuta di arresto, rispetto alla spinta centrifuga che la riforma del Titolo V avrebbe dovuto imprimere al modello costituzionale, è stata imposta da una nuova crisi, determinata dall'emergenza pandemica, che formalmente si è aperta il 31 gennaio del 2020 con la “Dichiarazione dello stato di emergenza” adottata dal Consiglio dei ministri.

La gestione della pandemia ha manifestato in modo evidente la volontà del governo centrale, come del legislatore, di contenere l'autonomia delle regioni e degli enti locali: assumendo come presupposto, a dire il vero indimostrato, il principio in base al quale, in tempo di crisi e di emergenza, la miglior cura degli interessi si debba realizzare attraverso una centralizzazione delle relative decisioni.

In una prima fase, la fonte normativa di riferimento è stata rinvenuta nel d. lgs. n. 1 del 2018, in materia di protezione civile (noto, infatti, come Codice di protezione civile)²⁹. Ne è seguita una sequenza di atti amministrativi, prove-

²⁷S. MANGIAMELI, *op. cit.*, 727.

²⁸L. VANDELLI, *Sovranità e federalismo interno: l'autonomia territoriale all'epoca della crisi*, in *Le Regioni*, 2012, 881.

²⁹Tant'è che la menzionata Dichiarazione dello stato di emergenza nazionale è stata adottata dal Consiglio dei ministri su proposta del Presidente del Consiglio, ai sensi dell'art. 24 del Codice di protezione civile. Lo stesso art. 24 rimanda espressamente al successivo art. 25, secondo cui «per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile», che ai

nienti dai diversi livelli di governo, che per più di un anno hanno regolato (e tutt'ora continuano a regolare) gran parte delle attività economiche e sociali del Paese.

A livello centrale, gli interventi hanno preso la forma dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, i quali, essendo adottati per far fronte all'emergenza (non solo sanitaria), possono essere considerati come ordinanze di necessità, anche perché adottati in luogo delle ordinanze di protezione civile previste dal richiamato codice³⁰. Il potere di ordinanza ha un'origine antica nel nostro ordinamento ed è stato inquadrato dalla Corte costituzionale entro limiti ben precisi: a motivo della capacità di derogare alle fonti primarie, le ordinanze di necessità devono essere conformi ai principi dell'ordinamento, devono avere un'efficacia limitata nel tempo ed essere adeguatamente motivate³¹.

A partire da un certo momento, e il cambio di passo è con buona probabilità riconducibile all'insediamento del nuovo governo nel febbraio del 2021, gli interventi sono avvenuti per lo più con decreto legge. Così, da ultimo, l'art. 1 del d.l. 23 luglio 2021, n. 105, ha prorogato lo stato di emergenza, dichiarato nel gennaio del 2020, fino al 31 dicembre 2021. Si tratta di una scelta che solo apparentemente può essere considerata più rispettosa delle forme democratiche, perché se è vero che il decreto legge presuppone un passaggio parlamentare che per il d.P.C.M. non è richiesto, in realtà, nella misura in cui il legislatore (ma meglio sarebbe dire il Governo) si pone al di fuori della cornice normativa del codice di protezione civile, il rischio di una 'necessità' che diviene fonte del

sensi dell'art. 5 sono adottate dal Capo dipartimento della protezione civile. Probabilmente, però, è apparsa sin da subito evidente la difficoltà di ricondurre la vicenda pandemica agli eventi calamitosi prefigurati nel Codice di protezione civile e la conseguente difficoltà di mantenere fermi gli strumenti di intervento ivi previsti. Per cui, dovendo assicurare un maggiore livello di coordinamento delle attività da porre in essere, in luogo dell'ordinanza di protezione civile, il Governo ha adottato il primo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (d.P.C.M. del 23 febbraio 2020), con il quale sono state disposte le prime misure necessarie per contenere il propagarsi del *virus*, sia pure con esclusivo riferimento ad alcuni comuni della Lombardia e del Veneto.

³⁰In realtà, il decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, ha poi espressamente disciplinato il potere di intervento del Governo nelle forme decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, superando così la disciplina del Codice di protezione civile.

³¹Corte Cost., 2 luglio 1956, n. 8.

diritto e dunque di una necessità che «non ha legge, ma fa legge»³², sembra quasi visibile³³.

Ora, tralasciando i profili più squisitamente teorici, sul piano pratico la questione controversa, che ha sollevato un serrato confronto politico, ma anche in dottrina e giurisprudenza, attiene alla potenziale sovrapposizione di competenze tra Stato, regioni ed enti locali e alla frequente intersezione tra le diverse materie e i vari ambiti nei quali intervenire per affrontare i problemi legati all'emergenza sanitaria: ma in tutti i casi di sovrapposizione o intersezione, la risposta ha quasi sempre prodotto una torsione verso il centro, con evidente compressione del principio autonomistico. Con la conseguenza che, nel corso di oltre un anno di pandemia, si sono registrati non pochi momenti di contrasto tra le diverse autorità preposte alla gestione delle relative funzioni.

In primo luogo va detto che, fuori dalle più recenti previsioni normative legate all'emergenza pandemica, anche le regioni e gli enti locali sono muniti del potere di intervento per motivi di igiene e sanità pubblica attraverso l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti, ai sensi dell'art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale. Nel quadro di un riparto di funzioni amministrative fondato sul criterio del parallelismo, la disposizione richiamata assegna alle regioni le funzioni amministrative correlate alle materie oggetto di potestà legislativa (igiene e sanità pubblica, vigilanza sulle farmacie e polizia veterinaria), riservando al governo centrale, *id est* al Ministro, un più ampio potere di ordinanza laddove l'efficacia dei provvedimenti da adottare debba essere estesa «all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni»³⁴.

³²S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1909, 260.

³³Senza contare l'aberrazione, sul piano del sistema delle fonti, di un decreto legge che proroga gli effetti di una delibera del Consiglio dei ministri e che, per i contenuti specifici e concreti, assume le sembianze di una legge-provvedimento, della cui legittimità costituzionale si potrebbe dubitare: sul punto si rinvia a quanto osservato in M.C. CAVALLARO, *Principio di legalità e gusto procedimento: per una diversa lettura del rapporto tra legge e amministrazione*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso tra autorità/ libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, p. 247.

La pandemia ha moltiplicato i settori nei quali provvedere, che abbracciano una pluralità di contesti e non sono strettamente riconducibili alla tutela della salute, dovendosi prevedere interventi che comprendono un piano più strettamente economico, per ristorare le categorie professionali più esposte alle conseguenze del *lockdown*; ma che coprono anche altri settori, dal trasporto pubblico, alla scuola e all'istruzione; dalle attività ludiche, ai servizi assistenziali alla persona. Soprattutto, gli ambiti individuati, pur se a grandi linee, presuppongono diversi livelli di competenza sul piano della gestione delle relative azioni amministrative, oltre che, in alcuni casi, una diversa potestà legislativa da ripartire tra Stato e regioni³⁵.

Il legislatore ha provato a mettere ordine.

Innanzitutto, una prima regolamentazione del rapporto tra Stato e Regioni ha riguardato il ricorso al potere di ordinanza. Superato un primo periodo nel quale la disciplina è stata affidata al decreto legge del 23 febbraio 2020, n. 6, sin da subito ritenuto eccessivamente vago e impreciso, circa la definizione delle «ulteriori misure di contenimento» da adottare da parte delle «autorità competenti», un mese dopo, con il d.l. n. 19, la ripartizione dei poteri di intervento tra Stato e regioni ha trovato un nuovo equilibrio. Per cui, ai sensi dell'art. 2, il Governo doveva preventivamente consultare i presidenti delle regioni, in caso di adozione di provvedimenti di natura emergenziale che avrebbero prodotto effetti su una o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni, qualora l'efficacia delle misure da adottare dovesse coprire tutto il territorio nazionale. Per altro verso, il successivo art. 3 ha ridotto l'ampiezza del potere di ordinanza dei presidenti di Regione, autorizzati a introdurre solo «misure ulteriormente restrittive», nelle materie di competenza e con esclusione

³⁴Cfr. F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2020, 338.

³⁵Così, per fare un esempio, se la tutela della salute, come la definizione del calendario scolastico, è di competenza regionale, la «profilassi internazionale» e le «norme generali in materia di istruzione» appartengono alla potestà esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. *g*) ed *n*), Cost.); e allo stesso modo, mentre la disciplina la gestione del trasporto pubblico urbano è affidata ai comuni, il trasporto regionale e interregionale presuppone un diverso piano di intervento.

delle attività produttive o di quelle «di rilevanza strategica per l'economia nazionale», la cui efficacia temporale era limitata fino al momento in cui sarebbe intervenuto il governo centrale.

La disciplina così articolata ha ugualmente generato dei problemi in sede applicativa, legati pur sempre all'oggettiva difficoltà di individuare il soggetto competente all'intervento da attuare. Al contempo, è fuori di dubbio che, oltre all'effetto limitativo delle libertà dei singoli, gli interventi del governo centrale nelle forme dei d.P.C.M. hanno inciso sul principio di autonomia, in ragione dell'evidente mole di poteri che la normativa dell'emergenza concentra in capo al Governo.

Non sono mancate le ipotesi in cui i contrasti e le difficoltà riferite hanno dato luogo a vere e proprie controversie che hanno trovato composizione in sede giudiziaria. Sul punto, il giudice amministrativo, con un'argomentazione che salva la legittimità del sistema tracciato, ha ritenuto che il fondamento del potere, che il d. l. n. 19 del 2020 accentra nelle mani del Governo, sia da rinvenirsi nell'art. 120, comma 2 Cost., secondo cui il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso «di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica»³⁶.

La Corte costituzionale sembra chiudere il cerchio sulla vicenda, fugando ogni dubbio sulla necessità che lo Stato conservi il potere di gestione dell'emergenza, con argomentazioni di natura formale e sostanziale. Sul piano formale, la Corte richiama la lettera *g)* dell'art. 117, comma 2, Cost. che attribuisce alla potestà esclusiva dello Stato la materia della «profilassi internazionale»; ma «ragioni logiche, prima ancora che giuridiche», fondano la necessità di una disciplina unitaria, che può essere affidata solo al legislatore nazionale e che sia idonea a

³⁶Così Tar Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841, secondo il quale «è la legge a pre-determinare il contenuto della restrizione alla libertà di iniziativa economica, demandando ad un atto amministrativo la commisurazione dell'estensione di tale limitazione» e per ciò stesso si deve escludere che l'amministrazione centrale dello Stato possa esercitare poteri sostitutivi non previsti dalla Costituzione, poiché, appunto, è l'art. 120 che riconosce il suddetto potere.

«preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività»³⁷.

Infine, nel tentativo di assicurare un maggiore coordinamento tra i diversi livelli di intervento, anche al fine di prevenire ulteriori contenziosi, il Governo è nuovamente intervenuto, prevedendo che ogni regione possa introdurre misure più restrittive rispetto a quelle stabilite in sede centrale, a condizione di darne contestuale informazione al Ministro della salute, e ammettendo anche l'introduzione di misure ampliative, ma in tal caso previa intesa con il Ministro della salute, purché, ovviamente, nei casi nel rispetto dei criteri previsti dal decreto n. 19 del 2020³⁸.

Per questa via, dall'acquisizione dei dispositivi e delle attrezzature per fronteggiare l'emergenza, alla distribuzione di gel e mascherine nelle scuole; dalla definizione del piano vaccinale, al potenziamento della rete ospedaliera, le relative decisioni sono state assunte al livello centrale, per il tramite del Commissario straordinario per l'emergenza Covid³⁹, per poi essere concretamente realizzate in sede periferica.

Le regioni si sono trovate così sguarnite di effettivi poteri decisionali, limitandosi a fungere da sedi decentrate per l'esecuzione delle misure adottate dal governo centrale.

3. Le funzioni delle regioni nella gestione del PNRR tra divario territoriale e coesione sociale

Il punto è che, se la gestione dell'emergenza sanitaria, come del resto quindici anni prima la crisi economico-finanziaria, ha prodotto un accentra-

³⁷Corte cost. 12 marzo 2021, n. 37.

³⁸Art. 1, comma 16, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, come modificato dal d.l. n. 105 del 2021.

³⁹La figura del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID -19 è stata prevista dall'art. 122 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che ne affida la nomina al Presidente del Consiglio dei Ministri e ne disciplina anche i poteri e le attività. Il comma 2 dello stesso art. 122 dispone che il Commissario collabori e supporti le regioni nelle loro competenze in materia di salute, potendo anche adottare, su richiesta delle stesse regioni, «provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale».

mento dei poteri in capo allo Stato, nondimeno la crisi sanitaria, e forse ancora di più la precedente crisi economico-finanziaria, ha amplificato la distanza economica e sociale tra i territori. E non solo perché le regioni del nord, pur travolte dalla prima ondata della pandemia, hanno potuto fare affidamento su un sistema sanitario sicuramente più robusto e adeguato⁴⁰.

Il problema è sicuramente più antico. Giacché la ‘questione meridionale’, alla quale la Costituzione aveva provato a dare una risposta anche attraverso il principio autonomistico e che oggi viene tradotta nella locuzione ‘divario territoriale’ (sicuramente più rispondente a un linguaggio *politically correct*) non ha mai trovato una composizione, nonostante i tentativi messi in campo a partire dall’istituzione della Cassa per il Mezzogiorno, per rimanere dentro l’arco temporale della Repubblica⁴¹.

A lungo andare, i nodi irrisolti sottesi alla ‘questione’ hanno prodotto una polarizzazione del confronto politico che è in parte sfociata nella riforma del Titolo V della Costituzione (forse troppo semplicemente licenziata come riforma in senso federalista) e in particolare nelle disposizioni che, in questa prospettiva, hanno avviato la contraddittoria stagione del c.d. federalismo fiscale (art. 119 Cost.).

Ancora una volta, se correttamente interpretato nei suoi presupposti, il disegno riformatore avrebbe dovuto assicurare l’intervento perequativo in favore delle regioni in difficoltà, «per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l’effettivo esercizio dei diritti della persona»⁴². Sembra qui evidente il ri-

⁴⁰Come testimoniano tutti i parametri per la misurazione dei Livelli essenziali di assistenza (c.d. LEA): si veda il Monitoraggio dei LEA attraverso la cd. Griglia LEA del luglio 2018, da parte del Ministero della salute.

⁴¹Cfr. G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit. p. 454.

⁴²Si veda l’esempio della c.d. perequazione infrastrutturale, rispetto alla quale si è già sottolineata la possibilità di «configurare un vero e proprio obbligo giuridico di intervento dello Stato, disciplinato dal legislatore in attuazione dell’art. 119, 5° comma, della Costituzione (art. 22 della legge 5 maggio 2009, n. 42). Tuttavia, ad oltre 10 anni dalla legge sul federalismo fiscale, il MEF ha adottato un solo decreto ministeriale attuativo delle previsioni legislative (D.M. n. 51915/2010), che a sua volta rimandava però la concreta individuazione degli interventi infrastrutturali da realizzare e ulteriori atti amministrativi, invero mai adottati»: così A. BARONE, *Di-*

mando alle 'politiche di coesione' di origine europea, la cui finalità sarebbe quella superare la visione contingente del contrasto al divario sociale ed economico, attraverso la necessità, di cui le politiche di coesione sociale dovrebbero farsi carico, di assicurare anche il diritto delle regioni meno favorite di accedere ai servizi di interesse generale⁴³. Ma ancor prima, il rimando è all'art. 2 Cost. e al catalogo «dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», quale garanzia dei diritti inviolabili⁴⁴.

Eppure, nella sua concreta attuazione, e nel quadro della legge n. 42 del 2009, il federalismo fiscale ha prodotto distorsioni innegabili, in termini di distribuzione delle risorse, ripiegando il disegno solidaristico contenuto nell'art. 119 Cost. alla diversa esigenza di contenimento della spesa pubblica, come confermato dalla riforma costituzionale del 2012, in tema di *fiscal compact*⁴⁵.

seguaglianze territoriali insostenibili e doveri perequativi inderogabili, in questa *Rivista*, n. 2/2021, il quale precisa come un recente intervento si sia avuto con la legge di bilancio 2021, che ha istituito un «apposito “Fondo perequativo infrastrutturale” nello stato di previsione del MEF, con una dotazione complessiva di 4,6 miliardi per il periodo 2022- 2033». Il decreto legge del 31 maggio 2021, n. 77, sulla *governance* del PNRR, nel titolo V dedicato agli interventi in favore del Mezzogiorno, introduce nuove disposizioni in materia di perequazione infrastrutturale all'art. 59.

⁴³Si tratta di politiche che hanno origine a partire dal Trattato di Roma del 1957, che già poneva l'obiettivo della riduzione delle disparità tra le diverse aree territoriali, sia pure in funzione della migliore circolazione delle merci, dei beni e dei servizi, e che nel tempo ha assunto anche la finalità di allineare le condizioni economiche dei Paesi che via via avevano aderito al progetto comunitario e che presentavano condizioni di arretratezza e un evidente *deficit* di sviluppo. Con l'entrata in vigore dell'Atto Unico Europeo nel 1987, fu introdotto nel corpo del Trattato CEE uno specifico titolo dedicato alla «Coesione economica e sociale» che divenne un obiettivo che si sarebbe dovuto realizzare attraverso il sistema dei Fondi strutturali per lo sviluppo. Qualche anno dopo, con il programma «Agenda 2000» e poi con il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, il concetto di coesione assume una valenza maggiore e la politica di coesione si traduce nella necessità di rafforzare la coesione economica, sociale e territoriale. Infine nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, un intero Capo è dedicato alle politiche di coesione, con ulteriori previsioni sull'utilizzo dei Fondi strutturali, cui hanno fatto seguito una serie di programmi e interventi finalizzati a promuovere crescita e sviluppo occupazionale e garantire la coesione sociale ed economica. Cfr. S. CASSESE, *Dallo sviluppo alla coesione. storia e disciplina vigente dell'intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2018, 579, secondo il quale «la politica di coesione prescinde dalla definizione di un territorio e di un ambito predeterminato di beneficiari, ma è orientata dall'obiettivo di realizzare politiche di sistema, graduate in relazione agli scopi, quali infrastrutture, ricerca, innovazione, digitalizzazione, e così via».

⁴⁴In tema, M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in questa *Rivista*, n. 2/2020.

⁴⁵Così, ad esempio, si introducono meccanismi più tipicamente aziendalistici, quali quelli del costo storico e del costo standard per la definizione dei livelli essenziali di prestazioni e il conseguente finanziamento dei servizi: la letteratura scientifica sull'argomento è vastissima, ma

È forse superfluo sottolineare, allora, come nella locuzione ‘divario territoriale’ si annidino diseguaglianze sul piano economico, in parte legate a diversi standard di qualità dei servizi erogati, che si traducono in una maggiore difficoltà di accesso agli stessi servizi; profonde differenze organizzative delle amministrazioni di riferimento, che comportano anche sensibili differenze sul piano istituzionale; ma anche distanze culturali e sociali, frutto di una diversa capacità dei territori di favorire il pieno sviluppo della persona e di quelle ‘formazioni sociali’ che ne dovrebbero assicurare lo svolgimento.

In una parola, il ‘divario territoriale’ diviene sinonimo di una ‘diseguaglianza strutturale’, che si traduce in una diversa garanzia dei diritti fondamentali⁴⁶.

La risposta al problema potrebbe essere quella assicurare una maggiore autonomia dei territori, che possa per consentire una più adeguata valutazione delle prestazioni da erogare, in funzione di una più ampia tutela dei diritti della persona. E invece, nel segno di una crisi divenuta ormai endemica, le ragioni del decentramento delle funzioni cedono il passo all’esigenza di un accentramento decisionale, che troverebbe la propria giustificazione nella necessità di coordinare gli interventi per fronteggiare l’emergenza che di volta in volta si manifesta.

La vicenda legata alla gestione dei fondi e agli interventi da realizzare nel quadro del PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) apre un nuovo capitolo nella trama dei rapporti tra Stato e regioni, potendosi tradurre come occasione di slancio per avviare una nuova stagione di autonomia dei territori

ai fini del ragionamento qui svolto si rinvia a L. BIANCHI, A. FRASCHILLA, *Divario di cittadinanza. Un viaggio nella nuova questione meridionale*, Soveria Mannelli, 2020, che parla di una «cittadinanza limitata» per gli abitanti del Mezzogiorno del Paese, che possono contare su una rete di servizi pubblici (dal trasporto urbano, ai servizi alla persona) qualitativamente inferiore agli standard dei medesimi servizi offerti agli abitanti delle regioni del nord; ma allarga anche lo sguardo e coglie un «doppio divario», Europa-Italia, per cui se il Sud si allontana dal Nord, l’Italia intera si allontana dal resto dell’Europa, p. 10; cfr. inoltre M. ESPOSITO, *Zero al sud*, Soveria Mannelli, 2018.

⁴⁶Cfr. ancora A. BARONE, *Diseguaglianze territoriali insostenibili e doveri perequativi inderogabili*, cit.

«per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona», ma che in realtà assai più facilmente rischia di costituire un nuovo passo in avanti nella direzione di ritorno, verso il centralismo della decisione.

Il PNRR muove da un contesto europeo: in primo luogo, sono stati stanziati i finanziamenti, nell'ambito del programma di interventi *Next Generation EU*; di seguito, sono state tracciate le linee strategiche di intervento, riconducibili a sei pilastri fondamentali, che vanno dalla transizione verde, alla trasformazione digitale e alla crescita intelligente, dalla coesione sociale e territoriale, alla salute e resilienza, fino alle politiche per la prossima generazione; infine, sono valutati dalla Commissione europea, e poi approvati con decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione europea, i diversi Piani presentati dai singoli Stati membri⁴⁷.

In ambito nazionale, la definizione del Piano è avvenuta a cavallo della crisi di governo che ha segnato l'inizio del 2021⁴⁸: nel più generale intento di superare le diseguaglianze territoriali, generazionali e di genere, l'odierna struttura del PNRR prevede sei missioni di intervento, idealmente riconducibili ai sei pilastri individuati in sede europea quali linee strategiche di azione, e un ampio programma di riforme ritenute necessarie per garantirne l'attuazione⁴⁹.

Le modalità di gestione e attuazione del Piano sono disciplinate dal d.l. n. 77 del 2021, con un'articolazione che sul piano formale investe i diversi livelli di governo, ma appare chiaro come la responsabilità complessiva del program-

⁴⁷A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *federalismi.it*, n. 18/2021.

⁴⁸Una prima versione del Piano è stata dal Governo Conte *bis*, il 15 gennaio 2021, per poi essere ufficialmente presentata in Parlamento dal Governo Draghi, il 30 aprile 2021. La Commissione ha valutato il PNRR il 22 giugno 2021, formulando una proposta di decisione per il Consiglio, il quale successivamente ha adottato la decisione di esecuzione il 13 luglio 2021.

⁴⁹La prima missione, Digitalizzazione, Innovazione, Competitività, Cultura, stanziata complessivamente 49,1 miliardi; la seconda missione, Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica, stanziata complessivamente 68,6 miliardi; la terza missione, Infrastrutture per una Mobilità Sostenibile, stanziata complessivamente 31,4 miliardi; la quarta missione, Istruzione e Ricerca, stanziata complessivamente 31,9 miliardi di euro; la quinta missione, Inclusione e Coesione, stanziata complessivamente 22,5 miliardi; la sesta missione, Salute, stanziata complessivamente 18,5 miliardi. Per un totale di 221,5 miliardi, che include anche le risorse del Fondo complementare, precedentemente istituito con il d.l. 6 maggio 2021, n. 59.

ma di interventi da realizzare si concentri sulla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Molto brevemente, è istituita una Cabina di regia, che esercita poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi del PNRR (art. 2) e alle cui sedute partecipano i Ministri di volta in volta competenti in relazione alle decisioni da assumere, nonché il Presidente della Conferenza Stato Regioni, ovvero il Presidente dell'Anci, a seconda che siano trattate questioni di rilevanza regionale o locale. Il monitoraggio e la rendicontazione del Piano sono affidati al Servizio centrale per il PNRR, istituito presso la Ragioneria generale dello Stato, che rappresenta il punto di contatto nazionale con la Commissione europea per l'attuazione del Piano (art. 6); mentre il controllo sulla gestione e sull'impiego delle risorse è affidato alla Corte dei Conti, che con cadenza semestrale riferisce al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR (art. 7, comma 7)⁵⁰.

Quanto al delicato rapporto tra Stato e regioni, circa l'attuazione degli interventi da realizzare, il d.l. n. 77 del 2021 prevede dei poteri sostitutivi dello Stato, che sembrano richiamare quella 'direzione ascensionale' del principio di sussidiarietà, di cui s'è detto.

In prima battuta e nel rispetto della *governance* multilivello, le amministrazioni locali sono qualificate tra i soggetti attuatori degli obblighi e degli impegni assunti nel Piano, naturalmente con specifico riferimento alla coerenza e congruità degli obiettivi da realizzare rispetto ai territori amministrati; al contempo, laddove si accertasse il ritardo o la mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero la difformità nell'esecuzione dei progetti che possano compromettere il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR, il Governo centrale può adottare i poteri sostitutivi.

⁵⁰È previsto inoltre un Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale (art. 3) e una Segreteria tecnica presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, con funzioni di supporto (art. 4). La Cabina di Regia, affiancata dalla Segreteria tecnica, assicura relazioni periodiche al Parlamento e alla Conferenza Unificata, e aggiorna periodicamente il Consiglio dei Ministri.

In particolare, il Presidente del Consiglio dei ministri (su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente) fissa un termine entro il quale la regione o l'ente locale devono provvedere, con la possibilità, in caso di perdurante inerzia, di nominare uno o più commissari *ad acta*, ai quali attribuire, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti o i provvedimenti necessari per provvedere all'esecuzione dei progetti (art. 12).

Le questioni in campo sono svariate.

E non v'è dubbio che per la complessità del dato territoriale e per la vastità degli interventi da realizzare, il superamento della frattura Nord-Sud sia uno degli impegni prioritari del Piano, non foss'altro che lo stesso qualifica il «riequilibrio territoriale e il rilancio dello sviluppo del Sud come priorità trasversale a tutte le missioni»⁵¹.

Manca però un adeguato coinvolgimento delle regioni, che sicuramente non hanno avuto un peso significativo nella fase di definizione del Piano e ancor meno sembrano coinvolte nei processi di realizzazione degli obiettivi, pur se buona parte degli interventi da realizzare riguardano materie nelle quali le regioni hanno potestà legislativa concorrente (tra cui, ad esempio, istruzione e sanità). Manca, soprattutto un criterio attraverso cui ripartire le risorse, nell'ottica di superare il divario strutturale dei territori regionali.

E ancora, sul piano della definizione delle competenze amministrative, numerosi interventi sono finalizzati a imprimere una accelerazione su alcuni procedimenti (in materia di fonti rinnovabili, riconversione di siti industriali, comunicazione elettronica e infrastrutture digitali, e gli esempi potrebbero continuare). Ma emergono anche i tratti di una serie di interventi che, sia sul piano organizzativo, sia con riferimento alla regolamentazione delle singole attività, hanno carattere speciale e derogatorio rispetto alla disciplina generale. Per cui, ad esempio, presso il Ministero della cultura è istituita una Soprintendenza speciale per il PNRR, al fine di assicurarne «la più efficace e tempestiva attuazione

⁵¹Sul punto, cfr. S. STAIANO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *federalismi.it*, 2021.

degli interventi», (art. 29); ovvero sono introdotte modifiche alla disciplina del “dibattito pubblico”, di cui all’art. 22, comma 2, del codice appalti, con riferimento agli interventi previsti dal PNRR (art. 47); e più in generale sono introdotte disposizioni speciali in materia di affidamento e di esecuzione dei contratti PNRR (artt. 48 e 50), oltre a essere ritoccate le soglie comunitarie (già revisionate con il d.l. 16 luglio, 2020, n. 76 c.d. decreto semplificazioni), sempre per un arco di tempo limitato, e cioè sino al 30 giugno 2023 (art. 51).

In tal modo, alle preoccupazioni già espresse, in ordine all’evidente convergenza verso il centro del potere decisionale, come pure alla progressiva personalizzazione della decisione, interpretate quasi come un passaggio necessario per fronteggiare condizioni di crisi e di emergenza, si aggiunge un’altra considerazione, legata a un’altra tendenza, anch’essa abbastanza consolidata negli ultimi anni. In base alla quale la risposta alla crisi si appronta con misure eccezionali e contingenti, che, per definizione, implicano una rinuncia a ogni tentativo di intervento ordinato, capace di assicurare una riforma sistematica e strutturale.

4. Alcune considerazioni finali: autonomia dei territori e tutela dei diritti

Già all’indomani della riforma del Titolo V, gli auspici di una valorizzazione del ruolo delle autonomie, espressione di quel pluralismo che permea la Carta costituzionale e in funzione di una miglior cura degli interessi dei territori, si disperdevano nel giro di pochi anni, quando, secondo la gran parte dei commentatori, la crisi finanziaria del 2008 imponeva un accentramento delle funzioni per garantire la stabilità dei conti pubblici. La pandemia ha imposto un ulteriore freno alla realizzazione dell’originario progetto riformatore, oltre che all’avvio di quelle ulteriori forme di autonomie che avrebbero dovuto generare il regionalismo differenziato, mettendo a nudo la difficoltà dei territori nell’affrontare l’onda d’urto dell’emergenza sanitaria e non solo.

E forse, le considerazioni già svolte, circa l’interpretazione della Corte costituzionale, che nel definire il perimetro della potestà legislativa delle regioni,

ne ha frenato la spinta centrifuga, ovvero sull'inadeguatezza della legge n. 131, il cui disegno (articolato in una pluralità di deleghe legislative) ha faticato a realizzarsi compiutamente, impedendo nei fatti una piena riallocazione delle funzioni amministrative, possono essere lette anche attraverso questa lente prospettiva. Nel senso che si è provato, anche da parte della Consulta, ad assecondare un principio, per vero difficilmente dimostrabile nei presupposti, per cui, in tempo di crisi, lo svolgimento unitario e accentrato delle funzioni amministrative debba ritenersi necessario per il perseguimento degli interessi pubblici e la maggiore garanzia dei diritti.

Lungo questa una linea interpretativa, si colloca però l'autenticità della visione di Schmitt: «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione»⁵². E risulta quasi naturale che la perenne condizione emergenziale che attraversa il paese, dalla crisi economico-finanziaria, a quella sanitaria, possa spingere fatalmente verso un *centralismo* della decisione, con possibili compressioni del principio autonomistico, che rischia di tradursi un *personalismo* della stessa decisione, con potenziali ricadute sull'assetto dei poteri e sulla tenuta complessiva del sistema⁵³. Il quadro si fa ancora più grave se si considerano le modalità congiunturali, e non strutturali, degli interventi che provengono dal centro.

Tuttavia, oltre ai rischi paventati, occorre sottolineare anche le contraddizioni e i paradossi delle tendenze che si è provato a rappresentare.

Perché, da un lato, il dato di esperienza consente di sottolineare come la crisi sanitaria abbia esposto a gravi fragilità le libertà e i diritti, già indeboliti dal drastico taglio delle risorse finanziarie imposto dal principio del pareggio di bilancio, e che oggi necessiterebbero di adeguate e consapevoli forme di garanzie e tutele, da rintracciarsi per lo più nell'effettività di quei servizi e di quelle prestazioni che ne dovrebbero assicurare il godimento.

In tal senso, è innegabile che di fronte al susseguirsi e all'acuirsi delle crisi, la difficoltà di accesso a determinati servizi sia stata drammaticamente più

⁵²C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., p. 33.

⁵³L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, cit.

avvertita nelle regioni del Sud; ma la crisi, al tempo stesso, ha ulteriormente aperto e acuito il divario territoriale, sociale ed economico dell'intero Mezzogiorno rispetto alle regioni del Nord. Allora, e per altro verso, nella misura in cui l'autonomia dei territori è in funzione di una maggiore tutela dei diritti, risulta difficile comprendere in che modo la crisi, finanziaria prima e sanitaria poi, possa essere gestita attraverso una compressione dell'autonomia.

L'autonomia normativa, riprendendo l'insegnamento di Giannini, deve intesa in un significato che va al di là del suo valore semantico, e cioè come capacità di un soggetto di darsi un ordinamento proprio, dovendo essere intesa come una potestà di cui è investito un ente, diverso dallo Stato, di emanare norme costitutive dell'ordinamento giuridico statale. Così interpretata, l'autonomia normativa è funzionale alla necessità di assicurare che «le norme che promanano dai soggetti investiti di tale potestà, regolino interessi che siano curati propriamente da questi soggetti»⁵⁴.

In altre parole, la *ratio* della potestà legislativa delle regioni e la ragionevolezza del decentramento risiedono nella necessità che le autonomie territoriali assicurino la cura degli interessi delle comunità che amministrano. Affiora così in modo evidente, il paradosso che una gestione unitaria delle funzioni amministrative, unitamente al centralismo delle relative decisioni, può produrre: ossia quello di un intervento sostanzialmente eguale, e tendenzialmente uniforme, in tutte le regioni, da Nord a Sud, senza tenere in alcuna considerazione le differenze territoriali, sociali ed economiche che ciascuna di esse esprime.

Se la crisi amplifica e radicalizza le distanze tra i territori e al contempo indebolisce la struttura e la consistenza dei diritti, soprattutto a svantaggio delle regioni meno favorite, l'accentramento del potere decisionale e, con esso, l'uniforme trattamento delle complesse realtà da gestire esprimono più d'una contraddizione. E cioè che l'eguale disciplina sia giustificata e possa garantire l'eguale accesso dei cittadini alle prestazioni necessarie per la tutela dei diritti, e

⁵⁴M.S. GIANNINI, *Autonomia*, ripubbl. in *Scritti giuridici*, Milano, 2003, vol. III (1949-1954), p. 353.

dunque «l'eguale godimento dei diritti»⁵⁵. È però vero il contrario, nel senso che la forbice sempre più aperta tra le regioni, aggravata dalle drastiche misure adottate nel corso della crisi finanziaria, imporrebbe di affrontare la nuova crisi sanitaria con interventi mirati e discipline differenziate, nel rispetto di un'articolazione multilivello delle attività da realizzare, per tendere verso una maggiore omogeneità e un più sicuro equilibrio dei livelli delle prestazioni essenziali, a garanzia dei servizi da erogare.

Ora, è pur vero che, di fronte alle incertezze prodotte dalle emergenze, la soluzione di un coordinamento unitario degli interventi da mettere in campo possa apparire ragionevole e fondata su quelle «ragioni logiche, prima ancora che giuridiche» a cui fa riferimento la Corte costituzionale. Ma ciò non toglie che la via del *centralismo* e del *personalismo* della decisione, che nega spazi di partecipazione, comprime il ruolo delle assemblee legislative e adotta soluzioni contingenti, che mancano di una visione di sistema, rischia di sacrificare ulteriormente la funzione degli enti territoriali e il loro rapporto con la comunità amministrata. Con evidente pregiudizio del principio di autonomia, che più volte la stessa Consulta ha voluto salvaguardare⁵⁶, e con uno smarrimento generale del ruolo che le stesse autonomie hanno nella garanzia dei diritti della persona.

⁵⁵R. BIN, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi, domani*, cit., 44.

⁵⁶Si veda la recente sentenza della Corte costituzionale, 20 giugno 2019, n. 195, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 1, del d.l. n. 113 del 2018, convertito, con modificazioni, nella legge n. 132 del 2018, che ha introdotto il comma 7 bis dell'art. 143 del T.U.E.L. in materia di scioglimento dei consigli comunali. La norma censurata, secondo la Corte, introduce «un potere prefettizio sostitutivo extra ordinem, ampiamente discrezionale, sulla base di presupposti generici e assai poco definiti, e per di più non mirati specificamente al contrasto della criminalità organizzata; ossia complessivamente in termini tali da non essere compatibili con l'autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali territoriali», precisando che l'eventuale sostituzione «rispetti il canone dell'art. 120, secondo comma, Cost., integrato dalla norma di attuazione di cui all'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), sull'assunzione a livello governativo della responsabilità per l'esercizio di tali poteri».

VALENTINA GIANNELLI

Dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore –
Milano

I CONTRAENTI (DIS)UGUALI: NOTE SU COSTITUZIONE E LIMITI ALL'ESERCIZIO DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE

(UN)EQUAL CONTRACTORS: CONSTITUTION AND LIMITS TO THE EXERCISE OF BARGAINING POWER

SINTESI

Il contributo esamina il rapporto tra autonomia negoziale e Costituzione, in particolare alla luce della recente giurisprudenza costituzionale in tema di contratto iniquo o squilibrato. L'analisi si sofferma, dunque, sull'applicazione al contratto dei principi costituzionali di uguaglianza e di solidarietà sociale, tentando di rilevarne le relative criticità.

ABSTRACT

The contribution examines the relationship between Constitution and bargaining power, in the light of recent constitutional judgments on the subject of “unfair” or unbalanced contracts. The analysis focuses, therefore, on the application to the contract of the constitutional principles of equality and social solidarity, highlighting the related criticalities.

PAROLE CHIAVE: contratto – solidarietà sociale – uguaglianza – Costituzione – applicazione diretta

KEYWORDS: social solidarity – equality – contract – Constitution - direct application

INDICE: 1. Premessa. – 2. Costituzione, uguaglianza e autonomia privata. 3. Il dovere di solidarietà sociale come limite all'autonomia privata: le ordinanze costituzionali n. 248/2013 e n. 77/2014. – 4. Una breve conclusione.

1. Premessa.

Solitamente, il tema della disuguaglianza o – più in generale – delle relazioni sociali a vario titolo squilibrate suggerisce un'analisi secondo una prospettiva di tipo verticale; lo squilibrio sarebbe propriamente quello “patito” dai pri-

vati all'esito di politiche pubbliche inadeguate ovvero quello tipico del rapporto privato-autorità pubblica. E non potrebbe essere diversamente, dal momento che il tradizionale campo d'elezione dei rapporti – per così dire – asimmetrici è proprio quello relativo alle interazioni tra la Pubblica Amministrazione e il privato inciso da una data manifestazione di potere¹.

Il che finisce però per porre in ombra un dato non secondario, se non altro per la frequenza con la quale si presenta. Il riferimento è all'ambito delle relazioni private cristallizzate negli accordi contrattuali, i quali non di rado si connotano per l'essere o sul piano normativo o su quello squisitamente economico sbilanciate ai danni dell'uno o dell'altro contraente.

Del resto, se si lasciano sullo sfondo i contratti, quali ad esempio quelli tra consumatore e professionista, caratterizzati proprio per l'asimmetria delle parti, tradizionalmente il substrato economico della disciplina codicistica del contratto è riconnesso al «*principio di utilità marginale, secondo il quale le parti tendono ad incontrarsi nel punto più alto consentito dalle rispettive curve di indifferenza*». Così, «*[l]’allocazione delle risorse che ne risulta è [...] non solo più efficiente, ma anche più giusta; essa soddisfa i desideri dei contraenti e consente alla società nel suo insieme di massimizzare il valore delle proprie risorse*». In questa prospettiva, pertanto, il ruolo che «*un ordinamento giuridico è chiamato a svolgere rimane semplicemente quello di garantire la reale corrispondenza fra le preferenze dei contraenti ed il rapporto contrattuale, cioè che il contratto rispecchi quanto più possibile le “vere” preferenze delle parti*»².

Tuttavia, come innanzi osservato l'astratto equilibrio o la parità tra i contraenti potrebbe, in realtà, non esserci.

¹Sui rapporti tra cittadino e Amministrazione, tra i molti si veda almeno A. ROMANO, *Il cittadino e la Pubblica Amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. I, p. 523 s.s.; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “Trenta” all’alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001; P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 987 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, Cedam, 2013, p. 368 s.s.; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un’ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. Amm.*, 2007, p. 779 ss.

²G. MARINI, *Rescissione del contratto* (dir. vig), in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, par. 2.

Nelle pagine che seguono si tenterà allora di sviluppare tale rilievo alla luce del rapporto tra Costituzione e autonomia privata, chiedendosi se la prima possa in qualche modo produrre un effetto riequilibrante sulla seconda, avanzando così il dubbio che l'autonomia dei privati possa essere anche un fatto con rilevanza pubblicistica. In questo senso, del resto, si inseriscono le affermazioni della dottrina civilistica, per la quale «*il diritto civile, dall'emanazione del codice a oggi, ha conosciuto un mutamento profondo della sua identità per effetto della progressiva, acquisita consapevolezza della complessità del dilemma eguale/diseguale e della latitudine dell'art. 3 Costituzione*»³.

2. Costituzione, uguaglianza e autonomia privata.

La letteratura in materia è ovviamente sterminata ma, rifacendosi qui alla sintesi di Mauro Volpi, con il costituzionalismo europeo *post* Seconda Guerra mondiale, «*[l] ideologia democratica non rinnega affatto il principio del valore della persona umana, ma intanto afferma la pari dignità di tutte le persone indipendentemente dalla loro condizione sociale; poi considera l'individuo non più chiuso in sé e nella sua sfera privata, ma all'interno del rapporto con gli altri individui e con la società. Inoltre, il principio personalistico viene a convivere con quello solidaristico e con quello egualitario, volti a garantire la più ampia partecipazione alla vita politica anche dei cittadini più svantaggiati dal punto di vista economico-sociale*»⁴, così come limpidamente affermato dall'art. 3 della Costituzione italiana. Ancor più specificamente, lo stesso Stato democratico assume una nuova configurazione, orientata ad operare attivamente per ridurre le disuguaglianze (in pratica, lo Stato sociale) ed aumentare la capacità d'integrazione anche degli strati più svantaggiati della società, sia tramite diretti investimenti pubblici che, più in generale, gestendo le «*imponenti risorse finanziarie che derivano dal prelievo fiscale*»⁵.

³E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Questione giustizia*, n. 1/2020, par. 5.

⁴M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 64, corsivo aggiunto.

⁵Ivi, p. 65. Cfr., criticamente, sulla nascita e l'evoluzione dello Stato sociale in Italia S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 291. In chiave storica, di recente C. GIORGI, I. PAVAN, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Bologna, il Mulino, 2021.

Tuttavia, con ciò, «[l]o stato democratico e sociale di diritto, che aggiunge al principio individualista quello solidarista, non elimina il ruolo del cittadino come individuo attivo in una economia di mercato competitiva, ma si propone di correggere situazioni di ingiustizia sociale, avvalendosi di una organizzazione costituzionale in grado di far fronte alle esigenze di efficienza e di efficacia dell'intervento pubblico»⁶.

Si tratta, con tutta evidenza, di esigenze opposte, da contemperare in ogni campo dell'azione statale e – più in generale – pubblica. Se ne ha, del resto, una percezione chiara in buona parte degli articoli relativi a quella che viene solitamente definita la “Costituzione economica”⁷, a partire dallo stesso fraseggiamento dell'art. 41⁸.

Ciò che dal testo costituzionale non risulta agevole ravvisare è lo spazio dell'autonomia privata, specie quale autonomia negoziale, all'interno del quadro complessivo⁹. Del resto, nella stessa dogmatica civilistica, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione era «evidentemente, diffusa la percezione, non manifestata in modo sufficientemente esplicito, che l'idea di autonomia privata ben poco potesse essere incisa, o anche soltanto interessata, dal dettato costituzionale»; e ciò sul presupposto che il concetto di autonomia si identificasse con quello di libertà, «[...] cui l'ordinamento riconosceva quasi ontologicamente – ossia senza che dovesse occuparsi di tale manifestazione di libertà la Costituzione, tanto appariva connessa all'essenza dell'individuo – una sorta di posizione eccezionale, assimilabile a quella dello stesso legislatore» nel determinare le regole del rapporto¹⁰.

⁶G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 379, corsivi aggiunti.

⁷Si v. ad es. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2006; G.U. RESCIGNO, voce *Costituzione economica*, in *Enc. giur., Aggiornamento*, Roma, Treccani, 2001. Critico verso tale espressione, che rischia d'ingenerare fraintendimenti su di una presunta “separatista” di tale parte dal resto, M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, UTET, 1990.

⁸Cfr. F. MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, Giuffrè, 2015, par. 1.

⁹Assai netto P. RESCIGNO, *Premessa*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, UTET, 2006, XLVII ss., per il quale, in Costituzione, «alla libertà contrattuale è possibile risalire solamente dalla garanzia di altri istituti, e specificamente dalle norme sull'iniziativa economica privata e la proprietà privata».

¹⁰F. MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, cit., par. 2.

Andando per sommi capi, è solo nei decenni successivi che, presso la dottrina civilistica più attenta, matura la percezione che lo stesso regolamento contrattuale necessariamente «sia espressione delle esigenze non soltanto delle parti private, bensì pure dei poteri pubblici e dell'ordinamento nel suo complesso attraverso l'opera del legislatore, ma anche del giudice» e dunque, «[c]onsiderata la disparità reale di potere fra i soggetti operanti nell'ordinamento, nell'ormai imprescindibile prospettiva costituzionale, le restrizioni della libertà contrattuale appaiono del tutto coerenti e giustificate, mentre il problema dei limiti della libertà contrattuale si risolve sul piano ermeneutico nell'individuazione del carattere eccezionale o viceversa della forza espansiva delle (sempre più numerose e variegate) norme che pongono "restrizioni"»¹¹.

L'epilogo di tale vicenda è noto, e risulta ormai condiviso il passaggio «dal tempo dei codici a quello delle Costituzioni», per riprendere le parole di uno dei protagonisti di questo percorso, Stefano Rodotà¹². Si è anzi arrivati ad auspicare un vero e proprio «costituzionalismo di diritto privato», cioè di un sistema costituzionale di regole e limiti rispetto ai poteri economici privati, e non soltanto rivolti ai poteri pubblici¹³; da tempo, il rapporto tra Costituzione e autonomia privata è oggetto di ampi studi specificamente a ciò dedicati¹⁴.

Dal punto di vista squisitamente giuridico, la citata costituzionalizzazione del diritto privato ha visto una «spinta oppositiva» contro la sua neutralità, e una «spinta propulsiva costituita dal riconoscimento dell'efficacia precettiva e non meramente programmatica delle norme costituzionali», il cui «modo di applicazione non è la tecnica logico formale della sussunzione ma la logica tecnico-pratica del bilanciamento dei beni o degli interessi protetti»¹⁵. Per cui, «elemento identificativo» di tale costituzionalizzazione è «l'attribuzione ai principi costituzionali di un'immediata efficacia precettiva, che si accompagna, tuttavia, all'idea di una peculiarità delle norme principio che consente loro solo di perva-

¹¹F. MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, cit., par. 3.

¹²S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 51.

¹³L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2019, p. 229 e ID., *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1/2004, p. 11 ss.

¹⁴M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, CEDAM, 2003.

¹⁵E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 5

dere il contenuto delle altre norme, attraverso l'interpretazione conforme, o di orientare in chiave assiologica le clausole generali»¹⁶.

Nello specifico, però, per il tema di questo contributo è necessario confrontarsi con una questione cruciale: se è il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. l'architrave dei rapporti (anche) privati, come può esso inserirsi all'interno del versante contrattuale, senza che il sistema civilistico stesso ne esca stravolto?

Si tenga presente come il contratto, nella sua stessa idea, presupponga «il coordinamento con il principio di eguaglianza formale», mentre si trovi oggi a rinvenire «nell'esclusività di una simile corrispondenza, solo le antiche vestigia di una tramontata concezione liberista, che deve invece misurarsi nel presente con nuove ideologie e con esigenze ulteriori rispetto alla mera costruzione concettuale dell'accordo»¹⁷, laddove si pongono, piuttosto, il problema del divieto di discriminazione e della possibilità di operare effetti redistributivi all'interno della stessa autonomia contrattuale¹⁸.

Com'è noto, un punto di accesso di tale approccio costituzionalmente orientato all'interno del diritto civile sta nel divieto di discriminazione, anche sulla scorta del diritto dell'Unione europea¹⁹. Non si tratta, comunque, di un percorso scevro di difficoltà, data l'esigenza «di rinvenire un punto di equilibrio fra la necessaria lotta a comportamenti discriminatori ostativi dell'accesso al contratto e l'esigenza di non aprire la via a indagini sui motivi della scelta contrattuale, che andrebbero a inficiare quello spazio di autonomia sottratto al sindacato normativo e protetto dalla garanzia

¹⁶*Ibidem*.

¹⁷E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Questione giustizia*, n. 1/2020, par. 3.

¹⁸*Ibidem*.

¹⁹Sul punto, *ex multis*, R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Le politiche comunitarie di lotta alla discriminazione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2004, pp. 43 ss.; G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1, 1999, pp. 1 ss.; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello «europeo» dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padova, 2008, p. 6.; M. BARBERA, *L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4, 2008, pp. 469 ss.; P. CARETTI, *Uguaglianza e diritto comunitario*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, in *Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Milano - Bicocca. 15-16 Maggio 2008*, a cura di M. Cartabia, T. Vettor, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 209 ss.; B. MICOLANO, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2009.

costituzionale d'istituto». Il punto di equilibrio può essere allora ravvisato «nella discriminazione che esca dalla pura sfera dei motivi e contamina il recesso dalle trattative o il tessuto dell'atto di autonomia, attraverso il contenuto dell'offerta al pubblico o tramite una clausola condizionale o altri impegni escludenti»²⁰.

Ciò però lascia aperta la questione del contratto in sé, classica espressione del rapporto tra (formalmente) “uguali”. Come ricomporre la frattura concettuale tra contratto ed uguaglianza sostanziale, in ogni sua declinazione? Il «senso di tale rapporto, e l'elemento che deve orientare la ragionevolezza nel distinguere l'eguale dal diseguale, devono [...] rinvenirsi negli obiettivi politico-economici affidati al contratto», mutati sia rispetto al *laissez-faire* liberista che all'interventismo degli anni Settanta, laddove quest'ultimo «attuava una redistribuzione iniqua e non proporzionale dei costi sociali gravanti sullo Stato e alterava a tal punto il contratto da vederlo respingere dal medesimo mercato»²¹.

Ciò comporta, però, la necessaria cooperazione fra poteri, poiché una «ragionevolezza parametrata su precisi obiettivi politico-economici, che devono plasmare il contratto senza distruggerlo» non può essere appannaggio del «solo giudice senza che la legge gli dia un orientamento su tali obiettivi politico-economici: non può il giudice rimettere in discussione la forza di legge del contratto sulla base di disparità che, da solo, percepisce come rilevanti. Parimenti, le asimmetrie giuridicamente meritevoli di tutela non possono ritenersi una volta per tutte cristallizzate dal legislatore. L'opera ricostruttiva deve proseguire incessantemente nel dialogo fra legislatore e giudice, che mai come oggi assistono a cambiamenti repentini e radicali»²².

²⁰E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Questione giustizia*, n. 1/2020, par. 3.

²¹Ivi, par. 3. Interessante, per una certa temperie dottrinale e culturale, l'opera di C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, il Mulino, 1977, ed in particolare la ricostruzione del dibattito a p. 7 ss. e, *passim*, le argomentazioni circa la piena compatibilità tra Costituzione e sistema socialista. Cfr. ID., *La Costituzione: una democrazia verso il socialismo*, in *Problemi del socialismo*, n. 7/1977, poi in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 147 ss. Concezione opposta quella espressa nelle veementi critiche di G.U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e stato borghese*, Roma, Savelli, 1975, per il quale la Costituzione stessa presuppone rapporti di produzione funzionali allo Stato borghese.

²²E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, cit., par. 3.

3. Il dovere di solidarietà sociale come limite all'autonomia privata: le ordinanze costituzionali n. 248/2013 e n. 77/2014.

L'accennata tendenza alla costituzionalizzazione del diritto privato ben si coglie, in tempi recenti²³, con riguardo a due ordinanze “gemelle”, pronunciate dalla Corte Costituzionale in materia di caparra confirmatoria *ex art.* 1385 c.c.

Malgrado la specificità dell'oggetto del sindacato di legittimità, le decisioni n. 248 del 13 ottobre 2013 e n. 77 del 26 marzo 2014 hanno animato – e non poco – il dibattito tra gli studiosi del diritto civile²⁴, poiché, come si vedrà, si tratta di pronunce rilevanti non tanto e non solo perché «*suggeriscono*” una particolare “interpretazione” delle norme sottoposte al vaglio di costituzionalità [...] quanto piuttosto e proprio per il contenuto dell'interpretazione proposta, la quale – pur nella sinteticità della argomentazione – [...] solleva problemi generali di cruciale rilevanza in ordine alla diretta applicabilità dei principi costituzionali e ai poteri in tal senso del giudice ordinario»²⁵.

Il giudice *a quo* ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, co. 2, c.c. «*nella parte in cui non dispone che – nelle ipotesi in cui la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra e nella ipotesi in cui, se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra – il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere o il doppio da restituire, in ipotesi di manifesta sproporzione o ove sussistano giustificati motivi*», tenendo conto della natura dell'affare e delle prassi commerciali²⁶.

Secondo il rimettente, infatti, l'automatismo della disciplina prevista dalla disposizione denunciata non riconoscerebbe al giudice alcuno spazio di manovra utile al fine di accordare un rimedio ripristinatorio dell'equità oggettiva e del complessivo equilibrio contrattuale, soprattutto in fattispecie, quale quella

²³Per un esame della giurisprudenza civile di legittimità, si veda l'analisi di F. BARBAGALLO, *Limiti costituzionali alla libertà contrattuale e sindacato giurisdizionale: un nuovo caso di rilettura costituzionalmente orientata del canone di buona fede*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020.

²⁴Per una ricostruzione del dibattito, G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *Contratti*, 2014, p. 928.

²⁵G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali* cit., p. 928.

²⁶Corte Cost., ordinanza, 9 aprile 2014, n. 77, primo cpv.

in esame, in cui sussista una «*evidente sproporzione che porterebbe ad una restituzione complessiva di somme, addirittura superiori al valore stesso dell'affare*»²⁷.

In entrambe le ordinanze innanzi citate la questione è però dichiarata inammissibile, poiché, ad avviso della Corte Costituzionale, il «*Tribunale non [ha] tenuto conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte*»²⁸.

Secondo il Giudice costituzionale, invero, lo strumento al quale ricorrere per portare in equilibrio il regolamento contrattuale non solo è già presente nell'ordinamento, ma è da ravvisare nella «*rilevabilità ex officio della nullità (totale o parziale), ex art. 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. [...]*»²⁹. Il dovere di solidarietà sociale – nell'argomentare della Corte – entra direttamente nel contratto, combinandosi con la clausola generale di buona fede nella formazione e nell'esecuzione del contratto, alla quale, anzi, attribuisce *vis* normativa, «*funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato*»³⁰.

In una parola, può dirsi allora che il contratto iniquo, in violazione cioè del principio costituzionale di solidarietà sociale, è *nullo* per violazione di una norma imperativa. L'iniquità dello scambio e la correlata disuguaglianza tra le posizioni contrattuali è reputata “intollerabile” ed in contrasto con l'ordinato svolgersi dei rapporti sociali sino al punto di essere sanzionata con la più radicale (oltre che irrimediabile) delle forme di invalidità.

²⁷Del resto, meccanismo correttivo di modifica cogente secondo equità è previsto dall'art. 1384 c.c. per la clausola penale, riducibile dal giudice, anche d'ufficio, se manifestamente iniqua. Per una disamina delle differenze tra caparra confirmatoria e clausola penale, si veda, anche con riferimento alle ordinanze di inammissibilità nn. 248/2013 e 77/2014, G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., pp. 928 - 929.

²⁸Corte Cost., ordinanza, 9 aprile 2014, n. 77, quinto cpv.

²⁹*Ibidem*.

³⁰*Ibidem*.

Per il tramite del principio di solidarietà sociale, il giudice sarebbe dunque chiamato a svolgere un controllo sul contratto³¹, suscettibile di determinarne la nullità, quale «*indice del giudizio di meritevolezza degli interessi programmati dalle parti rispetto ai valori perseguiti dalla comunità*», al quale l'ordinamento ricorre «*per negare la propria garanzia a programmazioni di interessi difformi dai suoi valori fondamentali*»³².

Ebbene, se certamente non stupisce il carattere imperativo della norma costituzionale e le conseguenze che ne derivano in caso di violazione, lo stesso non può dirsi, anzitutto, per l'ampio potere attribuito, per questa via, al giudice civile.

Basti, a tal fine, osservare che il potere qui esercitato dal giudice ordinario, ovvero quello di accertare l'invalidità del contratto, non sia semplicemente il frutto di una interpretazione adeguatrice alla luce del testo costituzionale, poiché l'art. 1385 c.c. non prevede *tout-court* il sindacato del giudice sull'importo oggetto di caparra.

Si tratta, invero, di un'applicazione diretta della Costituzione agli atti di esercizio di autonomia privata³³: la norma di cui all'art. 2 Cost. diviene il parametro alla stregua del quale il giudice ordinario analizza l'equilibrio economico delle posizioni contrattuali e conferisce, quindi, consistenza alla clausola generale di buona fede posta dal legislatore civile a presidio della formazione e dello svolgimento degli atti di autonomia privata.

³¹In generale sulla funzione della nullità nell'ambito dei rapporti negoziali, R. TOMMASINI, *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, par. 5.

³²*Ibidem*.

³³La (problematica) questione dell'applicazione diretta dei principi costituzionali è già presente in G. AZZARITI, *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, in *Foro it.*, parte IV, 1956, in part. p. 9 ss., ed è – notoriamente – destinata ad attraversare, nei decenni, giurisprudenza e dottrina. Si vedano, ad es., R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, Jovene, 2010 e, in precedenza, M.R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. Civ.* 1/1999.

Per una ricostruzione relativamente recente, proprio nell'ottica del presente contributo, si rimanda a F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2016.

Non è un caso se la dottrina civilistica abbia in proposito osservato che «*facultare il giudice (ordinario) a disciplinare diversamente il concreto rapporto in applicazione diretta di un principio costituzionale implicherebbe che si riconosca al giudice un generale potere di deroga alla legge, ossia il potere di far prevalere (su quello del legislatore) un diverso bilanciamento di interessi in gioco, sulla base di una propria interpretazione della Costituzione*»³⁴.

Il che è tanto più problematico ove si osservi che la disposizione costituzionale suscettibile qui di invalidare il contratto contiene una previsione di principio e non una regola dalla quale è dato desumere un precetto dai confini ben individuabili. Sebbene si tratti di un tema altamente dibattuto in dottrina³⁵, può dirsi che «*regole e principi sono tipi di norme; in particolare, una regola è una norma giuridica caratterizzata da relativa precisione e determinatezza, sia nella fattispecie sia nella conseguenza giuridica ad essa associata; mentre un principio è una norma giuridica caratterizzata da relativa genericità e indeterminatezza, sia nella fattispecie sia nella conseguenza giuridica ad essa associata*»³⁶.

È del resto evidente la differente formulazione dell'art. 2 Cost., rispetto ad altre norme costituzionali maggiormente dettagliate o con contenuto specifico, quale è ad esempio l'art. 36 Cost., tradizionalmente oggetto di applicazione diretta da parte della giurisprudenza ai rapporti di lavoro³⁷. Significative in

³⁴G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., p. 935.

³⁵Per una ricostruzione delle diverse tesi in argomento, si veda G. PINO, *Teoria analitica del diritto I*, Pisa, Edizioni ETS, p. 73 ss.

³⁶G. PINO, *Costituzione «per regole», Costituzione «per principi», Costituzione «per valori»*, in S. Giova, P. Perlingieri (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 15., ove P.A. precisa, tuttavia, che «*le indicazioni fornite dal testo [della disposizione] hanno un valore relativo. Infatti, per un verso è del tutto possibile che la formulazione del testo sia tale da lasciare aperte entrambe le possibilità: è possibile cioè che la norma da esso ricavabile possa essere qualificata tanto come regola quanto come principio. E per altro verso è possibile che, tramite idonee tecniche interpretative, gli interpreti traggano una regola da una disposizione vaga e indeterminata, e un principio da una disposizione precisa: e l'unico criterio per decidere dell'accettabilità di queste operazioni deriverà dalle convenzioni interpretative diffuse nella cultura giuridica di riferimento*». Sul punto, si vedano, inoltre, le riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 149, nonché di L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, p. 178.

³⁷Il riferimento è, in particolare, all'ultimo comma dell'art. 36 Cost., per il quale «*il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite*». Si tratta con evidenza di

tal senso sono le statuizioni della Corte di Cassazione per la quale «[a]lla stregua dell'art. 36, primo comma, Cost. il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Di conseguenza, ove la retribuzione prevista nel contratto di lavoro, individuale o collettivo, risulti inferiore a questa soglia minima, la clausola contrattuale è nulla e, in applicazione del principio di conservazione, espresso nell'art. 1419, secondo comma, cod. civ., il giudice adegua la retribuzione secondo i criteri dell'art. 36, con valutazione discrezionale»³⁸.

Con riguardo invece all'applicazione diretta dell'art. 2 Cost. alla materia contrattuale, è stato persino sollevato il dubbio «circa la pertinenza alla materia contrattuale»³⁹ di un principio quale è quello solidaristico che consente – appunto – alla Repubblica di richiedere, ai singoli e alle formazioni sociali, l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

In questa prospettiva, l'incompatibilità tra il contratto e il principio di solidarietà sociale per così dire integrativo dello stesso sarebbe confermata dal fatto che il primo si caratterizza per essere un accordo tra soggetti *privati*, portatori in quanto tali di interessi *particolari*, non generalizzabili e, per definizione, opposti tra loro⁴⁰. D'altra parte – proseguendo in questa direzione – «quando il

previsioni che meglio si prestano ad “entrare” in un regolamento contrattuale che, ad esempio, non prevedesse l'uno o l'altro diritto.

³⁸Il riferimento è a Cass. civ., Sez. lavoro, 1 febbraio 2006, n. 2245, la quale tuttavia precisa che «ove, però, la retribuzione sia prevista da un contratto collettivo, il giudice è tenuto ad usare tale discrezionalità con la massima prudenza, e comunque con adeguata motivazione, giacché difficilmente è in grado di apprezzare le esigenze economiche e politiche sottese all'assetto degli interessi concordato dalle parti sociali». Sul tema, cfr. Cass. n. 903/1994, per la quale «[a]i fini della determinazione della giusta retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost. il giudice, ove non ritenga di adottare come parametro i minimi salariali stabiliti dalla contrattazione collettiva, può discostarsene, ma deve fornire specifica indicazione delle ragioni che sostengono la diversa misura da lui ritenuta conforme ai criteri di proporzionalità e sufficienza posti dalla norma costituzionale: d'altro canto, la determinazione della retribuzione spettante in misura inferiore ai suddetti minimi non può comunque trovare motivazione nel richiamo a condizioni ambientali e territoriali, ancorché peculiari del mercato del lavoro nel settore di riferimento, perché il precetto costituzionale è rivolto ad impedire ogni forma di sfruttamento del dipendente, anche quando trovi radice nella situazione socio-economica del mercato del lavoro».

³⁹Così, G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giustiziacivile.com.*, n.2/2015

⁴⁰Per una panoramica relativa alla solidarietà sociale nel quadro dei doveri costituzionali, si veda, di recente, E. ROSSI, *Relazione introduttiva*, in F. Marone (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale? Atti del Seminario di Napoli 19 ottobre 2018*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 9 ss.

contratto [...] coinvolge anche una dimensione "sociale" (o superindividuale che dir si voglia) – come ad es. accade con riferimento a tipologie di contratti di larga diffusione e relativi a interessi "primari" della persona socialmente rilevanti (si pensi al contratto di locazione immobiliare quale strumento per realizzare l'interesse fondamentale all'abitazione del conduttore e della sua famiglia, oppure ai contratti utilizzati per consentire l'accesso ad alcuni beni essenziali come l'acqua, l'energia elettrica, ecc.) – sono altri i principi costituzionali che vengono in gioco, come ad es. il principio della "funzione sociale" della proprietà, oppure il principio dell'art. 41 Cost. che vieta che l'iniziativa economica privata possa essere esercitata in contrasto con l'utilità sociale»⁴¹.

Ebbene, malgrado sia lecito avanzare qualche perplessità sul fatto che l'art. 2 Cost sia la norma che meglio riesca a correggere il regolamento negoziale "ingiusto", non può però negarsi che la portata della disposizione in esame sia talmente ampia da poter ricomprendere l'assunto per il quale la Costituzione non tollera la mera soddisfazione egoistica dei propri interessi.

In questa prospettiva, il contratto squilibrato sarebbe un affare soltanto privato fin tanto che non sia manifestamente contrario al dovere di solidarietà sociale, ovvero finché il sacrificio di una parte trovi una giustificazione diversa dalla mera soddisfazione degli interessi dell'altra parte. In caso contrario – per usare le parole dell'art. 2 Cost. – si sarebbe dinanzi ad un assetto di interessi inidoneo a garantire l'adeguato sviluppo della persona, collocandosi così al di fuori delle relazioni sociali meritevoli di tutela.

4. Una breve conclusione.

Le osservazioni fin qui svolte hanno messo in luce almeno un dato: il dialogo tra Costituzione ed autonomia negoziale ha dapprima fatto fatica ad imporsi sul piano teorico, finendo poi per porre dubbi e perplessità sul piano delle applicazioni concrete. Le ordinanze innanzi esaminate hanno, invero, individuato nel principio di solidarietà sociale lo strumento per rimediare alle ingiu-

⁴¹G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit.

stizie dei singoli regolamenti contrattuali, all'esito di un non poco problematico sindacato del giudice sull'equilibrio economico del contratto.

Il punto, infatti, è che l'art. 2 Cost., da un lato, è in grado – nella prospettiva della Corte Costituzionale – di provocare la nullità del contratto ove violato; dall'altro, in ragione della propria formulazione, non è in grado di fornire un'indicazione inequivoca su quale sia l'equità e la giustizia contrattuale che la Costituzione ha di mira. Detto giudizio è piuttosto assegnato al singolo giudice, il quale di volta in volta sarà chiamato a decidere alla stregua di quale equilibrio ideale condurre il proprio sindacato sul regolamento negoziale. In questo senso si spiegano – e si condividono – le osservazioni di quanti, dinanzi alle ordinanze costituzionali qui analizzate, hanno posto l'accento sul rischio di «trasformare un ordinamento “di diritto scritto”, quale formalmente continua ad essere il nostro, in qualcosa di diverso»⁴².

Ebbene, è lecito desumere che la conformità dell'autonomia privata alla Costituzione dovrebbe più opportunamente essere assicurata, anzitutto, dalla legge codicistica, la cui funzione dovrebbe proprio essere di «fornire una risposta univoca, uno stabile punto di equilibrio degli interessi divergenti che vengono a trovarsi in conflitto», laddove, invece, «una costituzione moderna [...] si trova a contenere valori, interessi, programmi, principi indicati come assoluti, spesso contrapposti tra loro e non bilanciati. Un codice dovrebbe guidare verso risposte univoche e stabili, dovendo ogni suo articolo fissare il punto di equilibrio, la sintesi tra gli interessi sociali che si trovano in conflitto: proprietario e locatore, venditore e compratore, socio e amministratore, trovano tutti, negli articoli del codice, la composizione dei loro interessi divergenti e del loro potenziale conflitto. In una costituzione moderna sarebbe vano cercare “istituti che conciliassero opposte esigenze”. I valori, interessi, programmi in essa riposti sono dichiarati in termini assoluti e spesso generici, contrapposti gli uni agli altri, senza la possibilità di fissare preventivamente il punto della loro mediazione»⁴³.

⁴²G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., p. 936.

⁴³F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 24, 29.12.2010, p. 3.

Il punto però è che l'assenza di una specifica previsione legislativa non giustifica e non rende più tollerabile l'esercizio costituzionalmente difforme dell'autonomia negoziale: il ricorso diretto a principi costituzionali quali l'art. 2 Cost. è sì discutibile quanto agli esiti applicativi, ma palesa l'osservazione da cui questa pagine hanno preso avvio, cioè che il contratto è almeno in parte un fatto che trascende i singoli contraenti, interessando, in ultima analisi, il generale svolgimento delle relazioni socio-economiche nell'ordinamento.

CARLA ACOCELLA

Professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze formative, psicologiche e della comunicazione, dell'Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa
carla.acocella@unisob.na.it

GIUSEPPE LANEVE

Professore associato di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze della formazione, dei beni culturali e del turismo, dell'Università degli Studi di Macerata
giuseppe.laneve@unimc.it

**CITTÀ INTELLIGENTI E DIRITTI:
NUOVE PROSPETTIVE DI CONSUMO NEL PRISMA DELLA
SOCIALITÀ**

**SMART CITIES AND RIGHTS:
NEW PERSPECTIVES OF CONSUMPTION IN THE LIGHT OF
SOCIABILITY**

SINTESI

Il lavoro si prefigge di indagare le potenzialità che sottendono la conformazione degli spazi urbani in senso “intelligente” ed il ruolo effettivamente giocato dalle *smart cities* nella prospettiva di soddisfare le posizioni pretensive delle persone che abitano quegli spazi, in particolare dei diritti sociali. La prospettiva, da cui muove il lavoro, che ricostruisce la cittadinanza quale complesso di prerogative la cui soddisfazione legittima i pubblici poteri, induce a guardare quindi al “consumo” di beni e servizi come ad un orizzonte fondamentale dei rapporti tra amministrati e amministrazioni, nella consapevolezza della trasfigurazione della relazione amministrativa, da tempo registrata, sempre più aderente al paradigma del rapporto tra produttore e consumatore. L’idea che sostiene la riflessione è che anche l’impiego di tecnologie avanzate che caratterizza (e identifica in certa misura) il fenomeno delle *smart cities*, vada ricostruito in questa prospettiva di servizio al cittadino, e dunque che esso operi come una rappresentazione paradigmatica della funzionalizzazione dell’organizzazione amministrativa alla sovranità popolare. Questa chiave di lettura consentirebbe di reagire e

correggere scelte regolatorie che non indirizzano lo sviluppo tecnologico all'interno delle smart cities verso obiettivi socialmente desiderabili, e al contrario accentuano il tasso di divaricazione sociale ed alimentano fenomeni di emarginazione di quanti non possono e non sanno sfruttare pienamente le potenzialità che da questo strumentario innovativo promanano. I servizi di *social housing* sono particolarmente rappresentativi – e sono perciò in questo senso assunti a paradigma nel lavoro – delle vischiosità che accompagnano i tentativi di rendere disponibili servizi ad alto tasso di socialità in spazi urbani “intelligenti”.

ABSTRACT

The work aims to investigate the configuration of urban spaces in a “smart” way and the role actually played by smart cities in the perspective of satisfying the rights – especially social rights – held by people who live in those cities. The interpretative perspective chosen in the essay is to assume citizenship as a set of juridical expectations which legitimizes the role of public authorities, and in that sense to assume consumption as a key to understand the relationship between public administration and citizens, taking into account the approximation of that relationship to that existing between producer and consumer. Smart cities must be constructed in this perspective of service to the citizen, in order to correct regulatory choices underlying technological developments towards discriminatory outcomes, social divide. In this framework social housing is very representative of difficulties accompanying attempts to make social services (really) available in smart urban spaces.

PAROLE CHIAVE: Città intelligenti – Diritto alla città – Tecnificazione – Diseguaglianze – Socialità – Consumo.

KEYWORDS: Smart Cities – Right to the city – Tecnification – Inequalities – Sociability – Consumption.

INDICE: 1. Cenni di introduzione: arginare le diseguaglianze nello spazio della città. - 2. La relazione amministrativa in trasformazione: consumo e soddisfazione dei bisogni degli amministrati nel segno della innovazione tecnologica. - 2.1. I nodi problematici del radicamento nella città dei percorsi di tecnificazione. - 3. Città, *smart cities* e diritto alla città. - 3.1. Il ruolo centrale della città nella contemporaneità e la necessità di decifrarla oltre i paradigmi del territorio e del consumo. - 3.2. Il

ripensamento del valore tecnologico nella nozione di *smartness* per una dimensione sociale della città. – 3.3. Il diritto alla città come chiave per il superamento della prospettiva consumeristica di accesso alle risorse. – 3.4. Il diritto alla città per il superamento della mercificazione e il rovesciamento di dinamiche escludenti. Le dimensioni della socialità: inclusività e partecipazione. – 4. Diritto alla città, diritto alla *smart* e alla *digital city*. – 5. Possibili declinazioni di consumo nelle *smart cities*: collaborazione e rischio di esclusione. – 6. Il *social housing*: la socialità nel prisma delle città intelligenti. – 6.1. Traiettorie di sviluppo della città *smart* nella direzione della socialità: l'*housing* sociale e il senso dell'*abitare*. – 6.2. L'*housing* sociale in Italia: alcuni tratti distintivi. – 6.2.1. Alcune esperienze di gestione di programmi di *housing* sociale. – 6.3. La pretesa abitativa tra condivisione, natura collettiva del beneficio, e reciprocità e il valore aggiunto rappresentato dal metodo *smart*. – 7. Brevi note conclusive.

1. Cenni di introduzione: arginare le diseguaglianze nello spazio della città.

La riflessione mai sopita sul grado di inveroamento dei diritti fondamentali dell'individuo a valle delle dinamiche politiche e sociali in concreto affermatesi nell'ordinamento repubblicano, pur procedendo per sentieri molto diversi in ragione dell'angolo visuale prescelto, finisce per individuare costantemente nelle coordinate della eguaglianza e della solidarietà, obiettivi da non dismettere, ed anzi criteri mediante i quali razionalizzare, e correggere se necessario, altre spinte che pur trovano spazio nella Costituzione. Si pensi in tal senso alle stesse istanze coltivabili in base al principio personalista¹, e alla necessità che esse evitino di esaltare un individualismo "sganciato" dalla valorizzazione della «*persona sociale*»², o ancora alla esigenza di ricalibrare il ruolo ancillare (o comunque non di iniziativa), cui il principio di sussidiarietà orizzontale chiamerebbe i pubblici poteri, alla luce della missione (che si declina come intervento attivo) di cui invece li investe l'eguaglianza sostanziale³. L'idea stessa degli ostacoli e della ne-

¹* Nell'ambito di questo scritto, frutto del lavoro e della riflessione comune dei due autori, vanno attribuiti a Carla Acocella i paragrafi 1, 2, 2.1, 3.4, 4, 5, 6.3, a Giuseppe Laneve i paragrafi 3.1, 3.2, 3.3, 6.1, 6.2, 6.2.1, 7.

Sullo sviluppo della personalità come fine da costruire cui è sottesa una dinamica necessariamente relazionale del singolo con altri membri del tessuto sociale, si veda B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale: un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, 124 ss.. In tema A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Bologna, 90; N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1995, 5.

²A proposito della necessità di superare, alla luce del principio democratico, la lettura dicotomizzante del rapporto tra libertà ed eguaglianza, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in AA. VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Padova, 1995, pp. 97 ss., spec. 115, osservava che «da libertà non è tale se non è libertà eguale, e se non è libertà imputata alla persona sociale, piuttosto che all'individuo».

³G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, I, pp. 28 ss.; A. D'ATENA, *La declinazione verticale e quella orizzontale del principio di sussidiarietà*, in

cessità di una loro «eliminazione»⁴ come elemento distintivo della enunciazione sostanziale dell'eguaglianza, che sarebbe stato un «tradimento»⁵ non operare accanto a quella formale, rimanda al dinamismo del processo in cui i poteri pubblici avrebbero in futuro dialogato con le istanze dei singoli rispetto alla esigenza di tutelarle. Venivano così preannunciati gli smottamenti che sollecitazioni (temporalmente, spazialmente e funzionalmente) diverse avrebbero prodotto sulla percezione della portata da attribuire all'intervento e ai compiti pubblici. Tra queste sollecitazioni vi sono senz'altro le diseguaglianze, o meglio la percezione che di queste si ricava dalle tendenze che hanno accompagnato nel tempo il processo di attuazione delle norme costituzionali.

Si è scelto di riflettere su dinamiche in corso che appaiono senz'altro rappresentative del rischio di operare come detonatori di diseguaglianze – innovazione tecnologica delle soluzioni, digitalizzazione dei processi, tecnificazione degli strumenti di offerta delle prestazioni – ma che richiedono ad avviso di chi scrive di essere governate e contenute, proprio in ragione della peculiare ambientazione assunta come terreno di osservazione (lo spazio in cui si situano è quello urbano) e della curvatura che va auspicabilmente attribuita alle pretese che in esso si radicano (il diritto e i diritti alla città). L'obiettivo è dunque cogliere le energie che la città stessa esibisce, funzionali ad arginare le derive disgreganti che in essa trovano campo. La correzione va perseguita attraverso la valorizzazione dell'uso sociale e politico delle risorse che vengono in rilievo, e la declinazione dell' "intelligenza" delle città – le *smart cities* appunto – in coerenza con la socialità che nutre la dinamica democratica.

AA.VV., *Scritti in onore di A. Pace*, Napoli, 2021, I, pp. 597 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 1, pp. 59 ss..

⁴Cfr. art. 3, c. 2 Cost..

⁵Giannini nell'intervista a Corradini (D. CORRADINI, *Costituzione e Stato pluriclasse*, in *Prassi e teoria*, n. 6, 1980, pp. 275 ss.) affermava che «come socialisti ... ci sembrava un tradimento fermarci all'eguaglianza formale, rinunciando ad ogni battaglia per cominciare a porre principi di democrazia sostanziale. Tuttavia non era pensabile una norma di garanzia dell'eguaglianza economica e sociale, che presupponesse un tipo di stato allora e anche oggi inesistente».

2. La relazione amministrativa in trasformazione: consumo e soddisfazione dei bisogni degli amministrati nel segno della innovazione tecnologica.

La constatazione dalla quale si sono prese le mosse ha ad oggetto una tendenza ormai consolidata, ossia la trasfigurazione della relazione tra amministrazione pubblica e cittadino nel senso dell'aderenza sempre più marcata «*al paradigma del rapporto tra produttore ... e consumatore*»⁶. La connotazione economicistica e consumeristica finisce per declinare non solo, come sarebbe plausibile aspettarsi, il rapporto di servizio pubblico in senso stretto, che vede la PA, o chi per essa, come dispensatore di utilità materiali, ma anche l'offerta di servizi burocratici⁷. Anche questi ultimi (funzioni in senso tradizionale che si concretizzano attraverso l'adozione di provvedimenti autoritativi) finirebbero per essere riguardati come servizi/utilità da destinare ai cittadini-fruitori. L'esito⁸ della declinazione consumeristica della relazione amministrativa è quello di porre nell'ombra il processo che conduce alla erogazione di utilità e la caratura pubblica delle regole che lo conformano – quel regime pubblicistico delle attività che distingue il rapporto da quello di consumo classicamente inteso – e della

⁶C. ACOCELLA, *Innovazione tecnologica e innovazione amministrativa. L'automazione delle decisioni nel quadro della riforma della P.A.*, in F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, Napoli, 2021, pp. 185 ss., spec. 205-206.

⁷Sulla configurazione in termini di «*servizi pubblici a fruizione individuale*» di attività pubbliche in precedenza definite, «*tautologicamente, attività burocratiche*» si veda per tutti D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2012, 182. Sul punto si veda G. CAMMAROTA, *Servizi pubblici on line e partecipazione migliorativa*, in 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*, Firenze, 2016, pp. 114 ss., e P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *Federalismi.it*, 2018, 2, spec. p. 10. Criticamente sul punto S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 2019, 1, pp. 5 ss., spec. 9 che, con riguardo a «*quella risalente aspirazione di parte della dottrina a caratterizzare l'attività amministrativa in via generale per la prestazione di servizi piuttosto che per l'esercizio di poteri*», intravede nella digitalizzazione «*un potente alleato di questa concezione*».

⁸Approdo che A. PIOGGIA, *Servizi e disservizi. Piccolo contributo alla ricerca del senso pubblico del servizio*, in *Costituzionalismo.it*, 17/2017, 1 ss., riferisce ai rapporti di utenza (conformati in passato appunto «*dalle regole della relazione amministrativa*»), avendo preso le mosse dalla esclusione dal raggio della riflessione dei servizi burocratici. L'A. coglie, «*sullo sfondo dell'articolata disciplina che configura gli strumenti di tutela dell'utente dal disservizio propriamente inteso*», e nello specifico nella ottica del «*buon servizio*», la rarefazione della relazione tra utente del servizio e amministrazione a vantaggio di una interlocuzione esclusiva tra l'utente e il gestore, giungendo a ritenere che il richiamo alla qualità attenga «*al prodotto servizio e non al processo di produzione dello stesso*» (13).

soggettività che ne è responsabile, e spostare il fuoco l'esito del processo, l'utilità, il prodotto da consumare. Confrontarsi con la tendenza descritta senza preclusioni aprioristiche significa del resto ammettere la sussistenza di una significativa connessione tra consumo e cittadinanza, in virtù della quale il consumo di beni e servizi decifra un orizzonte fondamentale dei rapporti tra amministrati e pubblici poteri. Esso in fondo fornisce una prospettiva di indagine fondamentale della cittadinanza come complesso di prerogative la cui soddisfazione legittima (la presenza stessa del) il potere pubblico⁹. L'emergenza sanitaria da Covid-19 e il dibattito relativo alla opportunità delle risposte nei fatti fornite e/o da mettere in campo hanno in qualche misura valorizzato la prospettiva ermeneutica di legittimazione dei pubblici poteri in funzione del loro grado di responsabilità ai bisogni degli amministrati¹⁰. Ché anzi gli esiti prodottisi in questa ultima, non ancora superata, stagione dell'emergenza, e rappresentativi – su di un piano più generale – di un impiego “a regime” di una produzione normativa derogatoria ed emergenziale, segnalerebbero proprio un uso disfunzionale dell'autorità da parte del decisore pubblico rispetto alla necessità di orientare quest'ultima, appunto, alla massimizzazione del godimento dei diritti della persona¹¹. In questo senso, infatti, deve leggersi anche l'avviso, invero assai diffuso, che la trasversalità di istituti emergenziali e la tendenza a normalizzare

⁹L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 2019, 1, pp. 43 ss..

¹⁰Sul punto, con riguardo al paradigma della “sovranità trattenuta”, si veda la compiuta ricostruzione di L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, pp. 61 ss., spec. p. 101: «Se i diritti sociali sono diritti fondamentali (caratterizzanti la forma di Stato), essi sono contenuti nel perimetro della sovranità che spetta alle persone e ne sono diretto esercizio».

¹¹L.R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, 2, pp. 51 ss..

l'emergenza¹², sottoponendone a tensione uno dei tratti connotativi essenziali¹³ – ossia la transitorietà della portata e degli effetti delle misure in cui essa si snoda¹⁴ – produca un effetto netto sfavorevole sui diritti e sulle libertà politiche e sociali¹⁵, complessivamente nel segno del crescente autoritarismo¹⁶.

A ben guardare, poi, il tema di cui qui si discute incrocia quello dell'urgenza della trasformazione digitale e della tecnologizzazione dell'azione amministrativa e della sua posizione qualificante nel c.d. “problema amministrativo”¹⁷: sono, infatti, le ragioni dell'economia a rendere urgente la trasformazione di questo segno. Il progetto e il processo di modernizzazione delle pp.aa. tradisce la curvatura economica «anche ove tale finalizzazione non sia

¹²Secondo R. FERRARA, *Emergenza e protezione dell'ambiente nella “società del rischio”*, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2005, 10, pp. 3356 ss. «il valore dell'emergenza, il suo presentarsi come un'eventualità costante e reale in ogni tempo ed in ogni ordinamento giuridico complesso, evidenzia, per così dire, la natura stessa delle cose, ossia la cronica incapacità del diritto e dei suoi sistemi regolativi di saper fornire risposte esaustive al caso, alla grande e imprevedibile fantasia del reale, soprattutto quando essa si manifesti in forme tragiche, o comunque drammatiche e non prevedibili». Nella «stagione dell'emergenza», prodottasi anche per effetto dell'adozione della legge quadro in materia di protezione civile, sottolinea un esercizio dei relativi poteri «ai limiti del concetto di emergenza» F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, 2020, pp. 5 ss.

¹³Su questo specifico profilo v. U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza permanente: le modalità della produzione normativa*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020, pp. 45 ss., spec. pp. 69 ss..

¹⁴Su cui sia consentito un rinvio a C. ACOCELLA, *La dimensione del tempo e l'esercizio della funzione nella stagione dell'emergenza*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, cit., pp. 185 ss.

¹⁵Sul punto mette conto riferire, in relazione alla società del rischio e dell'incertezza, la posizione di A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, p. 22: «con la crescita dei pericoli del processo di modernizzazione cresce la minaccia a quei valori percepiti come essenziali dalla collettività e viene modificato il consueto assetto di poteri e di responsabilità nel rapporto tra economia, politica e opinione pubblica, con la possibile conseguenza di centralizzare competenze decisionali e di ridurre, anche se solo temporaneamente, i diritti e le libertà politiche e sociali».

¹⁶In tema si veda S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, su cui si veda G. TROPEA, *Recensione a S. Zuboff, Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss University Press, 2019 (con una postilla su Privacy e Covid-19), in *PA Persona e Amministrazione*, 2020, 1, 479 ss.

¹⁷Sul problema amministrativo si veda F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, Napoli, 1969; F. LIGUORI, *Il problema amministrativo in trent'anni di norme: dalla legge 241 del 1990 ad oggi. Una introduzione*, in F. LIGUORI (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, cit., pp. 11 ss.; G. MELIS, *L'evoluzione recente e i problemi aperti dell'amministrazione italiana*, in AA.VV., *Innovazione amministrativa e crescita. Rapporto con Raccomandazioni, I, Istituzioni, regole e mercato. Analisi e studi*, Formez, Napoli, pp. 55 ss., riferendosi al Rapporto Giannini del 1979, segnalava tra i meriti di quest'ultimo il fatto di aver suggerito «un disegno generale di riforme e (soprattutto) una metodologia di azione dei poteri pubblici radicalmente originale, con l'ambizione di affrontare finalmente il problema amministrativo nei suoi termini generali».

espressamente evocata, come accade quando la digitalizzazione si ponga come un canale attraverso cui agevolare la decodifica dei bisogni degli amministrati, la misurazione dei risultati conseguiti dalla p.a. come prestatore di servizi, ed in ultima analisi il rilevamento del grado di soddisfazione degli utenti di tali servizi¹⁸. Le sfide poste dall'emergenza pandemica hanno semmai accentuato il nesso tra amministrazione – quale potere legittimato dalla sua vocazione a soddisfare diritti e bisogni degli amministrati – e crescita economica (in questo particolare frangente, ripresa economica) per il tramite della digitalizzazione e del ricorso all'intelligenza artificiale¹⁹.

2.1. I nodi problematici del radicamento nella città dei percorsi di tecnificazione.

In questo quadro le *smart cities* potrebbero apparire una rappresentazione paradigmatica dell'uso delle tecnologie al servizio degli amministrati²⁰. Il condizionale è dovuto all'ambivalenza degli esiti che le dinamiche che possono innescarsi nella città intelligente producono sui cittadini, operando come denotatore di diseguaglianze oltre che come amplificatore di possibilità per alcune categorie di cittadini; il che rende la funzionalizzazione alla sovranità popolare

¹⁸Così C. ACOCELLA, *op. ult. cit.*, p. 205. Si veda a questo proposito la sezione 3 del cap. 1, “*People-centric policy making*” del Rapporto *Government at a Glance 2019* dell'OCSE cit., par. 3 dove si osserva: «*openness and digitalisation should, over time, enable a shift towards gathering and analysing feedback on satisfaction with services (e.g. doctors, teachers, etc.) and using tools such as surveys and big data to better understand, and incorporate people's needs into policy design and delivery*».

¹⁹Si veda a tal proposito il Rapporto DESI della Commissione 2020 riferito all'Italia, cit.: «*L'attuale pandemia di Covid-19 ha dimostrato quanto le risorse digitali siano diventate importanti per le nostre economie e come le reti e la connettività, i dati, l'intelligenza artificiale e il supercalcolo, come pure le competenze digitali di base e avanzate, sostengano le nostre economie e società, rendendo possibile la prosecuzione del lavoro, monitorando la diffusione del virus e accelerando la ricerca di farmaci e vaccini. Al fine di attenuare l'impatto della pandemia gli Stati membri hanno messo in atto misure specifiche, descritte dettagliatamente per ciascun paese in una sezione dedicata. Il digitale avrà un ruolo di primo piano anche nella ripresa economica poiché il Consiglio europeo e la Commissione si sono impegnati ad articolare il sostegno alla ripresa in funzione della duplice transizione verso una trasformazione digitale resiliente e a impatto climatico zero*». Sulla digitalizzazione e innovazione delle pp.aa. come linea di azione dei piani strategici europei per sostenere la ripresa degli SM colpiti dall'emergenza pandemica si veda C. BENETAZZO, *Appalti innovativi e smart cities: verso una nuova dimensione pubblico-privata?*, in *federalismi.it*, 2021, 9.

²⁰L'impiego della tecnologia e dell'innovazione è assunto come decisivo per consentire lo sviluppo delle comunità che definiscono le *smart cities*, secondo F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *federalismi.it*, 2015, 22, i quali rammentano sul punto, a titolo esemplificativo, lo spazio riservato allo sviluppo della banda larga.

dell'organizzazione amministrativa²¹, nel peculiare modello che di essa si esprime nel supporto allo sviluppo delle città intelligenti, un risultato ancora tutto da conseguire. I percorsi di tecnificazione che sottendono l'idea di un'amministrazione urbana intelligente hanno traiettorie tutt'altro che univoche che prefigurano esiti, talvolta molto diversi da quelli di promozione dell'integrazione e contrasto all'emarginazione²², ed in ogni caso di esaltazione delle libertà degli amministrati. Le sfide che così trovano campo a valle dei cambiamenti tecnologici²³, inducono pertanto la scienza giuridica a segnalare tra gli altri i rischi di un «ricatto tecnocratico»²⁴ insiti, per esempio, nel monopolio della produzione di dati, contro il quale si avverte la necessità di resistere proprio nel segno della riappropriazione consapevole dei luoghi, della città come bene comune, del diritto alla città di cui si dirà più avanti.

Occasioni di governare e conformare le linee di sviluppo disegnate dalla esaltazione delle tecnologie avanzate nelle *smart cities*, oltre l'orizzonte del progresso e del profitto che le sottende e in opposizione a possibili esiti disgreganti, provengono proprio dalla dimensione urbana e dalla rappresentazione della

²¹Ancora secondo la linea ermeneutica sostenuta da L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, cit..

²²Si pensi, solo a titolo esemplificativo, al dibattito intorno agli effetti delle politiche *smart* di transizione energetica (es. energia da fonti rinnovabili e dispositivi per il retrofit energetico del patrimonio edilizio), in particolare nella misura in cui gli obiettivi climatici appaiano conseguiti attraverso politiche «cieche rispetto alle disuguaglianze sociali e territoriali» che esacerbano e riproducono le disuguaglianze esistenti, trattandosi banalmente di politiche alle quali i ceti medio-bassi hanno avuto difficoltà di accesso: G. CARROSIO, *Povertà energetica: le politiche ambientali alla prova della giustizia sociale*, in *Urban@it*, 2020: «Incapienti, precari, famiglie a basso reddito e senza risparmi, affittuari: sono tipologie di situazioni che per motivi diversi hanno problemi di accesso alle politiche basate su incentivi diretti o sotto forma di detrazioni fiscali», con effetti, per il tramite dei meccanismi di detrazioni fiscali, di «redistribuzione regressiva della ricchezza».

²³Questa prospettiva si legge nel pilastro europeo dei diritti sociali (cfr. Commissione Europea Raccomandazione n. 2017/761 del 26 aprile 2017) che, teso a declinare «*principi e diritti fondamentali per assicurare l'equità e il buon funzionamento dei mercati del lavoro e dei sistemi di protezione sociale nell'Europa del 21° secolo*» «aggiunge nuovi principi per affrontare le sfide derivanti dai cambiamenti sociali, tecnologici ed economici».

²⁴F. SAITTA, *Il "diritto alla città": l'attualità di una tesi antica*, in *Ordines*, 2020, 2, pp. 53 ss. Sulle specifiche questioni di sicurezza legate alla gestione dei dati personali trattati da amministrazioni digitali e dunque nelle *smart cities*, qui solo evocate, cfr. J. VALERO TORRIJOS, *Ciudades inteligentes y datos abiertos: implicaciones jurídicas para la protección de los datos personal*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, 4, p. 1025 ss., A. VENANZONI, *Smart cities e capitalismo della sorveglianza*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 20 ottobre 2019; M. CAPORALE, *Dalle smart cities alla cittadinanza digitale*, in *federalismi.it*, 2020, 2.

città come essenziale luogo di radicamento e di esercizio dei diritti (anche di quelli che complessivamente definiscono “il diritto alla città”), che inducono a riflettere su una serie di profili.

In primo luogo in contesti urbani rinnovati e trasformati tecnologicamente e digitalmente, in maniera conclusivamente “intelligente”, si pone un problema di tenuta di diritti sociali fondamentali, come quello all’abitazione, quello all’acqua, quello ad accedere alle diverse forme di assistenza sociale, o più in generale, quello di poter fruire in condizioni di uguaglianza delle *utilities*. Una evidenza costituisce la naturale premessa della considerazione del tema da questo angolo visuale: le sfide «*maggiormente rilevanti della società contemporanea*» si sono di fatto “concentrate” al livello di governo delle autonomie locali, e fra queste delle città²⁵. Il rilievo è peraltro sostenuto dalla considerazione, di intuitiva evidenza, che variabili determinanti nel dimensionamento dei bisogni cui rispondono i sistemi di welfare – domanda di servizi scolastici e sanitari, carico abitativo, etc.. – si declinino in maniera sensibilmente diversa a seconda dell’ambito (territoriale e più semplicemente geografico) in cui le stesse esigenze vengono rilevate, e dunque destinato ad ospitare i servizi che le soddisfano²⁶. In questo senso la capacità amministrativa delle autonomie locali si misura si-

²⁵È la premessa svolta da S. VALAGUZZA, *Il diritto delle città e il dibattito sull'autonomia differenziata*, in *federalismi.it*, 2019 nell'indagare il rapporto tra le competenze oggetto delle intese nelle quali si è concretizzato sino a questo punto il percorso per la differenziazione e le funzioni fondamentali degli enti locali. L'autrice annovera tra le sfide citate quelle connesse al fenomeno dell'immigrazione, all'inquinamento, ai cambiamenti climatici, alle politiche di consumo del suolo, etc.. Sul punto si veda il raffinato studio di G.M. LABRIOLA, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in *Istituzioni del federalismo*, 2018, 1, 5 ss., che sottolinea come la città si sia nei fatti imposta come «*la forma preminente dell'organizzazione della vita di una percentuale sempre più ampia della popolazione mondiale*», ponendo dunque l'urbanizzazione globale un tema di ricerca delle soluzioni “sostenibili” mediante le quali governare lo spazio che ne scaturisce.

²⁶Sulla dimensione locale come rappresentazione principale dell'amministrazione di servizio si veda F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007. Il carattere essenziale dello spazio urbano come sede di radicamento di esperienze *smart* sarebbe, sempre in linea con questa valorizzazione della prossimità al bisogno quale chiave per costruire risposte efficaci, da ricondurre alla circostanza che «*in questo contesto ... vi sono più occasioni per collaborare e emergono con maggior forza quei problemi e quei bisogni (di mobilità, di produzione e di consumo) che sono suscettibili di essere affrontati con un approccio smart. Per altro verso, normalmente nelle città si verifica una concentrazione di conoscenze e di energie che fuori dal tessuto urbano è più difficile riscontrare*»: F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 20.

gnificativamente con le sfide che nella città trovano campo e che chiedono risposta²⁷. Venendo in particolare, poi, alle sperimentazioni di sostenibilità, il loro radicamento nella cornice urbana dovrebbe funzionare, piuttosto che l'approccio internazionale e governativo al problema, come una garanzia di efficacia degli interventi messi in campo. Ciò è confermato anche dalla declinazione su scala locale degli obiettivi che definiscono un documento "globale" come l'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile²⁸.

In secondo luogo a dover essere considerata è la solidarietà, con tutto ciò che essa evoca in termini di principi costituzionali rilevanti, quale elemento che sottende uno dei target, quello richiamato della sostenibilità, perseguiti nelle esperienze di amministrazione intelligente, nonché dimensione intorno alla quale si definisce (per così dire) ontologicamente, il diritto alla città²⁹. Nel primo senso le iniziative *smart* vengono guardate come «*espressioni di sviluppo sostenibile riferito al tessuto urbano*» che «*costituiscono l'adempimento di un preciso dovere verso le generazioni future, quello di consegnare loro un ambiente più vivibile*»³⁰. Su di un piano più generale l'urbanizzazione dei diritti definisce la cornice essenziale in cui

²⁷Sulla capacità di risposta dei territori come elemento da valorizzare nei percorsi di differenziazione e quindi sulla capacità amministrativa come fattore determinante nel rendere cruciali le autonomie locali «*nell'autonomia per la differenziazione*», si veda ancora S. VALAGUZZA, *op. cit.*

²⁸In tema L. CAVALLI, *Agenda 2030 da globale a locale*, in *Fondazione Eni Enrico Mattei, feem.it*, 2018; e J. E. NIJMAN, *Renaissance of the City as Global Actor. The role of foreign policy and international law practices in the construction of cities as global actor*, in G. HELLMANN, A. FAHRMEIR, M. VEC (a cura di), *The transformation of Foreign policy: Drawing and Managing Boundaries from Antiquity to the Present*, Oxford, 2016, pp. 209-241.

²⁹H. LEFEBVRE, *Le droit à la ville*, Paris, 1968; per le traduzioni italiane dei libri nel cui titolo compare l'espressione "diritto alla città", cfr. H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, Verona, 2014; ID., *Spazio e politica. Il diritto alla città II*, Verona, 2018. Su questo F. SAITTA, *Il "diritto alla città": l'attualità di una tesi antica*, cit.. In tema v. pure J.B. AUBY, *Droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Parigi, 2013. F. DI LASCIO - F. GIGLIONI, *La rigenerazione di beni e spazi comuni. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017. Di F. GIGLIONI, per l'analisi dello spazio giuridico creato dalle città, si veda altresì il saggio *Le città come ordinamento giuridico*, in *Istituzioni del federalismo*, 2018, 1, pp. 29 ss..

³⁰F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare*, cit.. In tema v. anche A. PENSI, *L'inquadramento giuridico delle "città intelligenti"*, in *giustamm.it*, 2015, 9. Sulla sostenibilità come dimensione in cui si inverte il principio di solidarietà si veda F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, pp. 13 ss., che, riferendosi al principio di sviluppo sostenibile come «*chiave di volta del diritto ambientale*», ne ha segnalato il «*carattere essenziale e, cioè, la matrice di doverosità e il vincolo posto in capo alle generazioni attuali a garanzia di quelle future*» e la capacità di «*dare sostanza al dovere di solidarietà*».

matura il “diritto al futuro”³¹. In linea di contiguità con questa prospettiva di analisi si pone la concettualizzazione della stessa città come bene comune³², rispetto alla idea di collaborazione facilitata dal governo locale che in essa trova campo³³. L’idea che a nutrire il diritto alla città non sia la pretesa ad accedere ad una particolare risorsa, quanto piuttosto l’interesse comune a condividere risorse con altri³⁴, restituisce immediato rilievo alla prospettiva intergenerazionale di cui si diceva, e così alla teorica dei beni comuni, capace, ove applicata a questo contesto, cioè quello urbano, di valicare, nel solco del principio solidaristico, tempo e spazio nella costruzione delle aspettative rilevanti. La scelta di applicare la stessa teorica al concetto di città non è del resto neutra, ma appare funzionale a fornire un set di strumenti utili al conseguimento di obiettivi inclusivi³⁵ e di contrasto all’emarginazione e alla polarizzazione sociale. Ciò anche considerando il valore in qualche misura strutturale dell’integrazione rispetto alla no-

³¹Una parte della dottrina non omette di segnalare come la cittadinanza digitale, per quanto la definizione della *smart citizenship* sia situata in una dimensione «fondamentalmente urbana o di area metropolitana», si muova in un orizzonte diverso, più ampio, che attrae e assorbe la seconda, e che guarda a più livelli di governo, ossia al panorama di tutte le PA, locali ma anche centrali, considerata la trasversalità dell’area in cui si radicano «i diritti degli utenti nei rapporti con la PA attraverso strumenti digitali»: M. CAPORALE, *Dalle smart cities alla cittadinanza digitale*, cit., p. 38. Segnala piuttosto come il concetto di «cittadinanza amministrativa» – di cui il benessere urbano costituisce la manifestazione più moderna – è ben più ampio di quello di “cittadinanza digitale”, e «implichi la configurazione di uno status relativo ad uno specifico territorio, che genera situazioni giuridiche soggettive (attive e passive) collegate all’essere persona residente»: F. GASPARI, *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Il dir. econ.*, 2019, 1, pp. 71 ss., spec. 72.

³²S.R. FOSTER, C. IAIONE, *The City as a Commons*, cit., pp. 284 ss.: «increasingly, progressive urban reformers are looking beyond the state (and for that matter the city) to sublocal forms of resistance, and cooperation, to make claims on urban resources and city space as a “commons”». In tema T. MASSARA - M. BEGHINI (a cura di), *La città come bene comune*, Napoli, 2019; P. CHIRULLI – C. IAIONE (a cura di), *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2018. Si riferisce alla *smart city* come a «un nuovo genere di bene comune» la Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Strategia per la crescita digitale 2014-2020*, 3.3.2015, 111.

³³S.R. FOSTER, C. IAIONE, *The City as a Commons*, *Yale law & Policy Rev.*, 2016, 34, pp. 281 ss., si riferiscono a una city governance «in which heterogeneous individuals and institutions can collaborate together to co-create or co-govern the city, or parts of the city, as a common resource».

³⁴S.R. FOSTER, C. IAIONE, *op. cit.*, p. 284: «These claims consist not simply of the assertion of a “right” to a particular resource; rather, they assert the existence of a common stake or common interest in resources shared with other urban inhabitants as a way of resisting the privatization and/ or commodification of those resources».

³⁵Proprio in questa chiave ci si riferisce al diritto alla città, nella configurazione di diritto collettivo, come ad uno strumento utile a resistere alla privatizzazione e/o alla mercificazione delle risorse condivise tra gli abitanti dello spazio urbano: S.R. FOSTER, C. IAIONE, *loc. ult. cit.*

zione di *smart city*, tesa a “mettere in rete”, “fare sistema” tra le singole componenti della comunità ivi stanziata³⁶.

La considerazione di entrambi i profili richiamati e la necessità (che la prima pone) di verificare la capacità inclusiva delle posizioni pretensive che nell'ambito delle città intelligenti maturano, confermano che queste ultime possono essere uno strumento di contrasto alle diseguaglianze³⁷ e al contempo risolversi in una occasione di emersione di inedite diseguaglianze³⁸. Del resto l'ampiezza dell'area di gioco in cui si muovono le *smart cities* (mirando esse a migliorare la vita delle persone³⁹) – e prima ancora le città⁴⁰ senza aggettivazioni – si presta fisiologicamente a favorire una pluralità di percorsi e metodi – la meta-

³⁶Il dato è colto da F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare*, cit., p. 4.

³⁷Per una parte della scienza giuridica il diritto alla città si porrebbe proprio come strumentale ad un ampliamento dei diritti sociali al fine di «costituire una sorta di diritto universale»: L. MAZZA, *Spazio e cittadinanza. Politica e governo del territorio*, Roma, 2015, p. 159. Sulla idoneità delle *smart technologies* «to address social issues, enhance urban livelihoods, focus on citizens' demands, and further shared involvement», si veda G. TRENCHER, *Towards the Smart City 2.0: Empirical Evidence of Using Smartness as a Tool for Tackling Social Challenges*, *Technological Forecasting and Social Change* 142: 117–128, 2019. Sulla strumentalità delle configurazioni tecnologiche dei progetti urbani rispetto ad obiettivi di giustizia sociale e sostenibilità ambientale v. J. EVANS, A. KARVONEN, A. LUQUE-AYALA, C. MARTIN, K. MCCORMICK, R. RAVEN, ET AL. (2019) “*Smart and Sustainable Cities? Pipedreams, Practicalities and Possibilities*,” *Local Environment* 24(7): 557–564.

³⁸F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, cit.; M. ALLENA, *Smart city e social housing: una convergenza ancora “in pianta”, da realizzare in concreto*, in *Osservatorio Smart City*, 2019, 1, pp. 3 ss., che, per esemplificare gli esiti discriminatori registrati in concomitanza con lo sviluppo delle ICTs, si è riferita alla «crisi abitativa senza precedenti» determinata dalla diffusione di AirB&B e dalla conseguente diminuzione di appartamenti disponibili per affitti di lungo periodo in molte città, specie delle città americane, nonché alla progressiva riduzione «delle risorse collettive destinate al mantenimento e allo sviluppo di infrastrutture di trasporto pubblico» innescata dalla diffusione di Uber. In ordine alle iniquità nella distribuzione locale dei vantaggi scaturenti dallo sviluppo nei contesti urbani dei giganti tecnologici si veda S. ZUKIN, *The Origins and Perils of Development in the Urban Tech Landscape*, *The Architect's Newspaper*, 8 May. Accessed 22 July 2020, in <https://archpaper.com/2019/05/urban-tech-landscape>. 2019. In questo senso, per i rischi di corporativismo e di marginalizzazione degli attori locali, insiti nello *smart urbanism*, dato il carattere tecnocratico delle relative soluzioni, si veda anche E. HO, *Smart subjects for a Smart Nation? Governing (smart) mentalities in Singapore*, in *Urban Studies*, 54(13), 2017, pp. 3101-3118.

³⁹«Improving peoples' lives – this is what smart cities are fundamentally about»: E. HO, *Smart subjects for a Smart Nation?*, cit.

⁴⁰Su questo specifico profilo si veda ancora G.M. LABRIOLA, *Città e diritto*, cit., la quale muove dalla constatazione della capacità omnicomprensiva nel lemma città – citando sul punto la notazione di D. SUDJIC, *The language of Cities*, London, 2017, 1, secondo cui «city is a word used to describe almost anything» – e della sua conseguente perdita di capacità connotativa.

fora dell'ombrello è estremamente calzante a tal proposito⁴¹ – non necessariamente tutti in linea con le ragioni dell'equità. E questo risultato dà conto della necessità e della qualità dell'intervento dei pubblici poteri in un'area, quella dei servizi e delle attività maturati nelle città intelligenti e grazie alle comunità intelligenti, che sarebbe altrimenti governata dalla sussidiarietà orizzontale. L'intervento trova, infatti, la sua ragion d'essere nella necessità di rimuovere gli ostacoli che in tali contesti impediscono la piena eguaglianza⁴².

In questo denso e complesso dibattito che caratterizza gli *urban studies* si situa l'idea – rilevante soprattutto in relazione a questa pluridirezionalità di per-

⁴¹E. HO, *Smart subjects for a Smart Nation?*, cit., «the “smart city” label is a discursive umbrella for multiple, sometimes competing, narratives».

⁴²F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare*, cit.: «posto che emergono con forza il tema della soluzione ai bisogni pubblici, quello dell'impiego di risorse e la preoccupazione per le fasce deboli, lo studioso del diritto dovrà riconoscere che il fenomeno della Smart City è una questione (anche e specificamente) giuridica, almeno nella misura in cui intercetta i problemi di giustizia [...] non è difficile scorgere nel principio di eguaglianza in senso sostanziale una delle matrici essenziali del fenomeno e, dunque, il vincolo per il potere pubblico di intervenire per rimuovere gli ostacoli che impediscono la piena eguaglianza». Quanto al principio di sussidiarietà orizzontale, secondo gli autori, la sua peculiare forza conformativa rispetto al fenomeno delle *smart cities* («messa in comune di fattori e risorse e iniziativa dal basso») dà conto anche della non sovrapponibilità – persino incompatibilità – dell'istituto con il tema dei servizi pubblici e quindi anche del ruolo minimo dei pubblici poteri nell'ambito delle prime. L'obiettivo smart sarebbe conseguito solo ove il potere pubblico preservi le iniziative autonome e spontanee dei privati quale risposta globale al bisogno registrato («prestazione auto-organizzata per rispondere al bisogno»), senza cioè mai pervenire all'organizzazione di un'offerta pubblica di prestazioni ma alla mera mediazione tra offerte provenienti dal basso, con un rilievo peculiare della figura del fruitore/consumatore/utente, come si dirà (cfr. *infra*, nota 106). I riflessi dell'affermazione di un approccio smart nella costruzione degli spazi urbani sarebbero un mutamento di paradigma nel ruolo esercitato dall'amministrazione, impegnata nelle città intelligenti sostanzialmente a “programmare” e a pianificare in senso diverso rispetto al passato, non spazi fisici, ma soprattutto spazi virtuali. La pianificazione sarebbe interessata peraltro da una torsione funzionale finalizzata all'obiettivo prevalente dell'inclusione attraverso la condivisione. Sulla funzione di programmazione strategica, però, “top-down” svolta dalle amministrazioni pubbliche rispetto alle *smart cities* si veda F. GASPARI, *Il social housing nel nuovo diritto delle città*, in *federalismi.it*, 21/2018, p. 9, che sottolinea anche quanto l'approccio opposto bottom-up sia “selettivo”, rischi cioè, favorendo iniziative (start-up o meccanismi simili) sostanzialmente mosse dall'obiettivo di massimizzare gli investimenti e il loro ritorno, di lasciare alle politiche pubbliche le aree meno appetibili. Sottolinea poi come il quadro normativo italiano contraddica la vocazione a uno sviluppo *bottom-up* delle *smart cities* per il fatto che, declinandone il primo la realizzazione come un'attuazione dell'Agenda digitale italiana, ed accentuandone dunque la «connotazione tecnologico-informatica», esso riporti le azioni rilevanti alla materia «coordinamento informativo statistico e informativo dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale» ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. r), Cost. di competenza esclusiva statale: M. CAPORALE, *L'intelligenza si ripartisce o si condivide? A proposito di smartness, livelli di governo e una certa idea di città*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, 4, pp. 857 ss., spec. 861, che prefigura sul punto la semplificazione concepita nell'ambito della Riforma Madia.

corsi che la riscoperta della città alimenta – che in tali percorsi la territorialità possa trovare una valorizzazione pericolosa. L'ancoraggio territoriale delle pretese (coltivate da chi occupa appunto lo spazio urbano e tipicamente riassumibili nel paradigma dei diritti sociali) – «*la città media europea*» appare «*di per sé presidio di territorialità e dispensatrice di diritti, garanzie, tutele*» – prodotto dalla convinzione che «il cittadino sia titolare di diritti solo se effettivamente tale», innescerebbe una corsa difficilmente controllabile al conseguimento della «*appartenenza ad un preciso ambito territoriale*»⁴³. Gli esiti appaiono con evidenza la perimetrazione dell'area del riconoscimento e della tutela delle posizioni pretensive di cui si è detto, e quindi la selezione degli aspiranti in ragione di tale criterio, e per conseguenza, la tendenza, tipica dell'approccio securitario, che si coglie ormai diffusamente, ad alimentare pulsioni escludenti (di quanti si trovano al di fuori di quel perimetro).

3. Città, *smart cities* e diritto alla città.

3.1. Il ruolo centrale della città nella contemporaneità e la necessità di decifrarla oltre i paradigmi del territorio e del consumo.

La riflessione che si sta portando avanti necessita altresì di una sua ambientazione che ne faccia emergere problematiche specifiche, legate cioè a una dimensione di contesto capace di definirne ulteriormente la portata. Si sceglie di operare una tale opzione in favore della dimensione della città, in quanto quest'ultima, ormai da tempo, è assurta a autentico luogo paradigmatico della contemporaneità e delle sue continue trasformazioni.

Nelle arterie principali delle città di oggi, così come nel fitto reticolato di vie secondarie che raggiunge periferie sempre più mobili e porose⁴⁴, scorrono

⁴³Lo rileva M.G. LABRIOLA, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁴È stato correttamente osservato come «*forme di "periferizzazione" e di "perifericità" possono svilupparsi anche nel cuore delle principali città dei paesi sviluppati, poiché le condizioni di disagio sociale e di isolamento economico non sono una prerogativa esclusiva delle zone topograficamente più decentrate, ma si ritrovano anche in taluni quartieri abbastanza centrali che si possono pertanto definire di "periferia sociale"*», così E. OLIVITO, *Dis)eguaglianze, città e periferie sociali: la prospettiva costituzionale*, in *RivistaAic.it*, 1/2020, 20 ss., spec. 22 che richiama S. SASSEN, *Cities in a world economy*, London, 2019, p. 163.

continuamente e in modo multidirezionale fili ad alta tensione, lungo i quali: si misura, come già anticipato, l'effettività dei diritti fondamentali (per citarne solo alcuni, il diritto alla casa, ad un ambiente salubre, alla mobilità, alla sicurezza, ai bisogni culturali, etc.); si scaricano gli effetti del conflitto tra i tanti e multiformi interessi sociali⁴⁵; si sperimenta la convivenza tra popolazioni sempre più diverse sul piano sociale, culturale e religioso⁴⁶. Intesa quale «funzione di sistemi comunicativi pluridimensionali»⁴⁷, la città diviene luogo per certi versi sempre unico, persino sul piano giuridico⁴⁸, come tale espressivo di un proprio *nomos*⁴⁹.

Porsi da questa prospettiva aiuta a intravedere i contorni del ruolo che la città assume nel mondo del diritto⁵⁰: sono peraltro note, e in questo scritto già richiamate, le analisi di Jean Bernard Auby, il quale, insistendo e molto sulla costruzione di un filo diretto tra città e diritti fondamentali, questi ultimi non potendo «che essere collegati alla realtà urbana», ha visto proprio la città quale una delle più importanti e interessanti «frontiere del diritto» (amministrativo)⁵¹.

La problematizzazione della città contemporanea non può peraltro non tener conto di come, a livello più generale, il concetto di *territorio*, unitamente ad altri ad esso strettamente legati, basti pensare a quello di *identità*, di *popolo*, di

⁴⁵In tema, cfr. B. BISCOTTI (a cura di), *Città, cittadini, conflitti: il diritto alla prova della dimensione urbana*, Torino, 2020.

⁴⁶F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016, 2, p. 274.

⁴⁷M. CASTELLS, *La città delle reti*, Venezia, 2004, p. 71.

⁴⁸J.B. AUBY, *Droit de la ville*, cit., p. 13.

⁴⁹A. PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, *Introduction*, in ID., (ed.), *Law and the City*, Abingdon, 2007, 1-2. G. DEMATTEIS, *Le città del presente, le città del futuro: le politiche*, in *Eyesteg*, 2012, 2, p. 55. La città è stata vista, pertanto, come luogo, nel quale «le regole della convivenza tendono a ricomporsi secondo schemi che non sempre coincidono con quelli formalizzati nell'ordinamento», e dove «maturano aspettative» che quest'ultimo «stenta a riconoscere e a disciplinare» (così P. COSTANZO, *Note introduttive alla Carta europea dei diritti dell'uomo nella città (quali competenze per gli statuti locali in materia di diritti?)*, in *Giur. it.*, 6/2011, p. 1446; v. anche F. CORTESE, *Dentro il nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016, 2, VI). Si veda in tema J. RYKWER, *La seduzione del luogo. Storia e futuro della città*, trad. it., Einaudi, 2008.

⁵⁰U. BECK, *La metamorfosi del mondo*, trad. it., a cura di M. CUPELLARO, Roma-Bari, Laterza, 2017; G. E. FRUG, *City as a Legal Concept*, in *Harvard Law Review*, n. 93 (6), 1980, pp. 1057 ss.

⁵¹J.B. AUBY, *Per lo studio del diritto delle città*, in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *Il diritto che cambia: liber amicorum Mario Pilade Chiti*, Napoli, 2016, p. 208. Sul rilievo della dimensione della città nella prospettiva della effettività dei diritti politici, economico e sociali, cfr. P. COSTANZO, *op. cit.*, p. 1446.

cittadinanza, e non da ultimo di *rappresentanza*, stia conoscendo – in virtù di mutamenti di socio-culturali e quindi politico-istituzionali già in atto prima della pandemia da Covid-19⁵², e sui quali quest'ultima sta lasciando un (ulteriore e) profondo segno - dimensioni semantiche ambigue, sfuggenti, soggette a evoluzioni e rotture multiple⁵³. La sua portata, lungi dal potersi esaurire nell'insieme delle istituzioni e degli interessi geograficamente situati, e dunque nel suo essere parte costitutiva degli enti c.d. territoriali, si apre a una nuova forma di rapporto fra l'individuo e il contesto ambientale che lo circonda e nel quale egli svolge le sue attività, prendendo le forme e i contorni di «*bene territoriale*»⁵⁴.

Per le ragioni che qui si è provato rapidamente a sintetizzare, la città si propone oggi quale dimensione particolarmente *qualificata* e *qualificante* per studiare, progettare e sperimentare nuovi modelli di convivenza nonché di sviluppo. È all'interno di questo contesto, e assecondando la convinzione per cui ciò che serve alla città sia un progetto che, lungi dal tendere al raggiungimento di una città *ideale* sia il frutto di una precisa *idea* di città – che offra in maniera esemplare risposte ad una serie di aspirazioni e bisogni multiformi, che sia il risultato dell'apporto di una molteplicità di attori, che si sostanzia in obiettivi il cui raggiungimento sia possibile⁵⁵ –, si vuole provare a operare una torsione finalistica di quella tendenza – cui si è fatto cenno all'inizio di questo lavoro – che pare schiacciare la lettura del reale su logiche di consumo, avvolte da quelle che Jurgen Habermas ha chiamato «*spirale tecnocratica*»⁵⁶.

⁵²A. MORRONE, *Globalizzazione e trasformazioni costituzionali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Torino, 2016, pp. 1471 ss.

⁵³Cfr. G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivistaaic.it*, 2017, 3; cfr. anche A. DI MARTINO, *Il territorio dallo stato-nazione alla globalizzazione: sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano, 2010.

⁵⁴M. A. CABIDDU, *Autonomia e democrazia sostanziale*, in AA.VV., *Territori e autonomie. Un'analisi economica-giuridica*, Bologna, 2016, pp. 38-39; cfr., in tema, P. CARROZZA, *Le province della post-modernità: la città territoriale*, in *federalismi.it*, 2018, 3; L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *RivistaAic.it*, 2017, 3.

⁵⁵E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana, le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, 2016, 2, p. 263; cfr. T. LEE, *Global Cities and Climate Change. The Translocal Relations of Environmental Governance*, New York-London 2015.

⁵⁶J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica: un'arringa per la solidarietà europea*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Roma-Bari, 2014.

Occorre, cioè, provare a (ri)proporre uno sguardo sulle città che ne esalti il valore di uso politico-sociale, ridimensionando, di conseguenza, quello di uso di scambio. L'operazione è particolarmente probante nelle città di oggi in quanto se è vero che, riprendendo le riflessioni di Max Weber, la concettualizzazione della città deve assegnare un peso specifico al peculiare combinarsi e integrarsi delle caratteristiche di centro politico e di mercato economico (peraltro foriero di numerose varianti, città di produttori, di consumatori, di mercanti), rifiutando la decifrabilità della stessa come solo luogo di mercato e di consumo⁵⁷, non può non prestarsi attenzione a come il tema dell'integrazione sociale nelle (e quindi delle) città sia via via andato scolorendosi per lasciare le tinte più forti alla competizione, allo sviluppo economico, all'*homo consumens*⁵⁸. Se nel periodo dello sviluppo fordista, competizione urbana e integrazione sociale erano due elementi coesistenti - in quanto la crescita economica era alimentata da una forte domanda di consumo in larga misura concentrata nelle città e al contempo le funzioni produttive, per essere efficienti e stabili, richiedevano un modello di riproduzione sociale che garantisse solide relazioni industriali, politiche abitative in grado di rendere accessibile la residenza in città, nonché misure volte a proteggere i gruppi più vulnerabili e a implementare il consumo - nel dosaggio degli elementi delle realtà urbane di oggi, al contrario, la stabilità del tessuto sociale sembra arretrare a fronte di una maggiore competitività urbana che, questo è il punto, non sembra più richiedere un elevato grado di integrazione sociale⁵⁹.

⁵⁷M. WEBER, *Economia e Società. La Città*, ed. it. a cura di W. NIPPEL, trad. di M. PALMA, Roma 2003, p. 47. Elemento decisivo, ai fini della identificazione della città, si rivela essere un «*aggregazione associata in forma istituzionale, dotata di organi speciali e caratteristici, di "cittadini" che in questa loro qualità sottostanno a un diritto comune, valido solo per loro*». Secondo P. PERULLI, L. VETTORETTO, *Tipi di città e analisi socio-spaziale*, in *Rass. it. di soc.*, 2018, 4, pp. 693 ss., la variegata tipologia di città che emerge dall'analisi di Weber, che combina la sfera dello spazio economico con quella dell'associazione politica in numerose varianti, è in grado di illuminare ancora le riflessioni contemporanee sulla città e l'urbano.

⁵⁸Riprendendo Z. BAUMAN, *Homo consumens: lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Trento, 2021.

⁵⁹R. CUCCA, C. RANCI, *La città europea: un modello in crisi?*, in *Il Mulino*, 2017, 3, p. 378, che aggiungono come «*la forte esigenza di stabilità di quei sistemi economici trovava il suo pivot nella città industriale, la cui crescita era sostenuta da elevati tassi di produzione e dalla generosità dei sistemi, nazionali e*

Proprio la già richiamata «urbanizzazione dei diritti», unita alla urgenza di riassicurare un consolidamento del tessuto connettivo sociale dal quale si sprigiona il fascio di energie della città, oltre a fare del modo con cui la città affronterà le sfide della globalizzazione (e dell'urbanizzazione) uno snodo cruciale del «diritto del futuro»⁶⁰, reclama interventi giuridici di segno diverso, tesi a fortificare gli spazi e i legami sociali entro (e per mezzo de) i quali si svolge il *proprium* della persona umana⁶¹; a frenare l'idea per cui l'essere cittadino possa identificarsi in via esclusiva con (e calibrarsi su) l'accesso a determinate risorse; a ricostruire un significato di spazio pubblico che muova anche dal «bisogno (...) importante [che] è la partecipazione ai beni collettivi»⁶².

In questo percorso, un contributo ancora prezioso proviene dalla matrice genetica dello Stato sociale costituzionale⁶³, ovvero dal fascio di luci con cui questa irradia ciò che è essenziale al pieno sviluppo della persona umana. Un contributo che dovrebbe attestare la parzialità di una visione che identifica la città come luogo topograficamente delimitato, abitato, regolato, amministrato o

locali, di Welfare». Cfr. anche E.F. ISIN, Theorizing the European City, in G. DELANTY, ed., Handbook of Contemporary European Social Theory, London, 2006, in part. pp. 323 ss.

⁶⁰J.E. NIJMAN, *The Future of the City and the International Law of the Future*, in S. MULLER – S. ZOURIDIS – M. FRISHMAN – L. KISTAMAKER, eds., *The Law of the Future and the Future of the Law*, Oslo, 2011, p. 216.

⁶¹Su come la promozione sociale dell'uomo debba passare dalla tutela degli spazi sociali in cui si esplica l'esperienza umana, cfr., *ex multis*, A. BALDASSARRE, *Diritti sociali, ad vocem*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1989, p. 13. Sull'essenzialità, anche per la dottrina dello Stato, di guardare alla realtà sociale, cfr., *ex multis*, H. HELLER, *Staatlebre* (1934), ora *Dottrina dello Stato*, ed. it. a cura di U. POMARICI, Napoli, 1988, pp. 87-8. Secondo l'A. «il soggetto singolo resta punto centrale d'esperienza e centro di atti della realtà sociale; esso lo diventa e lo è però, non come monade isolata e chiusa, ma soltanto nella sua correlazione con altri soggetti: l'Io senza il correlato del Tu – essi si evocano reciprocamente – non può affatto venire pensato (...). Solo tramite il carattere dialettico del concetto di Io (...) è possibile porre il soggetto nella realtà sociale come produttore e prodotto, senza cristallizzarlo in una sostanza e senza funzionalizzare la realtà sociale in relazioni», 133.

⁶²S. WEIL, *La prima radice*, Milano, 1990, p. 41. Si veda la “voglia di comunità” teorizzata da Z. BAUMAN, *Missing Community*, Cambridge 2000, trad. it., *Voglia di comunità*, Roma-Bari, 2001; vedi anche N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.

⁶³Per una ancora attuale identificazione tra stato sociale e stato costituzionale, cfr. da ultimo A. MORRONE, *Stato sociale e disegualianze. Persistenza costituzionali e problemi aperti*, in *Riv. Dir. Sicur. Soc.*, 2020, 4, pp. 707 ss., in part. 713, che afferma: «lo stato costituzionale si identifica con lo stato sociale: quest'ultimo ne rappresenta il fattore di legittimazione, e ne predetermina, qualificandoli, i contenuti essenziali». Vedi anche, in una prospettiva che tenga conto del livello europeo, E. LONGO, *Il volto umano dell'Unione Europea: passato e futuro dei diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 2020, 3, pp. 651 ss. Sul tema, sia consentito il rinvio a G. LANEVE, *L'attenzione sui diritti sociali, paradigma di un tempo*, in *federalismi.it*, 2014, 12.

(persino) consumato, puntando piuttosto sull'idea di luogo *vissuto*, che prende forma nell'intreccio tra spazio geografico, spazio sociale e spazio politico⁶⁴ e che, attraverso un'opera di *apertura* e di *relazionalità* con i plurimi spazi fisici e istituzionali circostanti, possa affiorare e affermarsi quale vera e propria «*città territoriale*»⁶⁵, dimensione ottimale – per riprendere un noto scritto del 1967 di Robert A. Dahl – per la democrazia⁶⁶.

3.2. Il ripensamento del valore tecnologico nella nozione di *smartness* per una dimensione sociale della città.

All'interno di questa cornice, che è sì di contesto, ma in qualche modo già *orientato*, è interessante collocare la realtà della *Smart City*, nel suo rappresentare il nuovo e allettante modello dello sviluppo urbano, evocativo in prima battuta delle categorie tecnologiche e dell'accesso – rapido e pervasivo – a una strumentistica *Hi-tech* che consente – o dovrebbe consentire – la fruizione più agevole di una serie di servizi urbani⁶⁷. Ne sono peraltro una chiara dimostrazione i percorsi di classificazione e misurazione, appunto di tipo tecnologico,

⁶⁴E. OLIVITO, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali*, cit., p. 20.

⁶⁵P. CAROZZA, *op. cit.* Occorre anche sottolineare la rilevanza delle reti tra città, il loro «movimento», per dirla con BRAUDEL (F. BRAUDEL, *La Méditerranée et le Monde Méditerranéen à l'époque de Philippe II*, Paris, 1949: Armand Colin [trad. it., *Civiltà e imperi del Mediterraneo nell'età di Filippo II*, Torino, 1953]; ID., *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècle*, Paris: Armand Colin [trad. it., *Civiltà materiale, economia e capitalismo*, Torino, 1982]. “l'idea cardine” per cui «gli aspetti relazionali e di networking non sono un addendum, più o meno opzionale, per comprendere la città moderna, ma la vera raison d'être. Il modello della rete di città è così stato continuamente innovato, alla luce di schemi concettuali sempre più solidi sul piano del rigore scientifico, sino a consentire il fiorire di studi applicati, capaci di rendere possibili misure empiriche dei fenomeni», così S. MARIOTTI, *Globalizzazione e città: le lepri del capitalismo*, in *Stato e Mercato*, 2007, 1, p. 89.

⁶⁶R.A. DAHL, *The City in the Future of Democracy*, in *The American Political Science Review*, 1967, 4, pp. 964-5.

⁶⁷In tema, cfr. S. DALL'Ò, *Smart City*, Bologna, 2014; ID., *Smart City, l'evoluzione sostenibile della città*, in *Equilibri*, 2018, 1, pp. 76 ss. Tra i più recenti contributi in tema, cfr. G.F. FERRARI (a cura di), *Smart City: l'evoluzione di un'idea*, Milano 2020; G. DELLE CAVE, “Comunità intelligenti”, *enti locali, mobilità sostenibile: le “Smart City” al cospetto del potere pubblico*, in *Il Dir. dell'econ.*, 2021, 2, pp. 385 ss.; T. FAVARA, *Verso la “smart city”: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. dell'edil.*, 2020, 2, pt. 2, pp. 87 ss.; S. PETTIROSSI, *Tra “smart city” e “smart land”: le agende urbane delle Regioni italiane*, in *Le Ist. del Fed.*, 2020, 1, pp. 207 ss.; S. ANTONIAZZI, “Smart City”: *diritto, competenze e obiettivi (realizzabili?) di innovazione*, in *federalismi.it*, 2019, 10; C. NAPOLI, *La “smart city” tra ambizioni europee e lacune italiane: la sfida della “sostenibilità” urbana*, in *Le Regioni*, 2019, 2, pp. 445 ss. Si veda anche il fascicolo tematico di *Soc. urb. e rurale*, n. 122 del 2020.

nei quali la dimensione urbana è ormai entrata e rispetto ai quali è sempre più difficile immaginare passi indietro⁶⁸.

Il tema, tuttavia, non è (né può più essere) quello dell'indispensabilità o meno della tecnologia nelle realtà urbane: si rischierebbe, se così fosse, di dare fiato a schieramenti ideologici e ad approcci pregiudiziali incapaci di decifrare un'esistenza che oggi scorre e si ricompone continuamente sfruttando in modo integrato due canali, quello digitale e quello analogico che, saldandosi reciprocamente, conformano una nuova realtà⁶⁹.

Il punto di snodo di una dimensione urbana capace di utilizzare la tecnologia si sposta sulla *ratio* di un tale utilizzo che non deve oscurare l'effettiva accezione sostanziale dell'uguaglianza, nella quale, come si avvertiva, in fondo risiede, conservando intatta la sua forza rigenerativa e trasformativa, la *mission* originaria dei diritti sociali⁷⁰.

Peraltro, proprio il pieno ed effettivo accesso agli strumenti della tecnologia, che consta anche delle adeguate competenze e *skills*, rischia di segnare ulteriori e profonde fratture nella città⁷¹. Senza trascurare, ancora, un ulteriore

⁶⁸G.F. FERRARI, *Smart City: l'evoluzione di un'idea*, in ID. (a cura di), *Smart City, cit.*, p. 14, per il quale molti concetti propri della sociologia e della politologia devono confrontarsi con l'auto legittimazione consensuale della tecnologia, «che offre un'immagine di razionalizzazione probabilmente eccedente le sue stesse capacità».

⁶⁹Secondo A. BARICCO, *The Game*, Torino, 2018, p. 88, lo scenario nel quale viviamo oggi «è un sistema di realtà a doppia forza motrice, dove la distinzione tra mondo vero e mondo virtuale decade a confine secondario, dato che l'uno e l'altro si fondono in un unico movimento che genera, nel suo complesso, la realtà». Parafrasando A. RUGGERI, *Società tecnologicamente avanzata e stato di diritto: un ossimoro costituzionale?*, in *ConsultaOnline.it*, 2020, 2, non è pensabile nelle città contemporanee quel «distanziamento tecnologico» che produce oggi un «distanziamento costituzionale» tra chi ne è afflitto e chi ne è immune.

⁷⁰Se si vuole, ancora, cfr. G. LANEVE, *L'attenzione ai diritti sociali, paradigma di un tempo*, in *federalismi.it*, 2014, 12, in part. pp. 4 ss. ID., *Los derechos sociales en el paradigma personalista de la Constitución italiana: notas breves*, in A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E.C. RAFFIOTTA, M.P. IADICICCO (a cura di), *Setanta anos de Constitución italiana y cuarenta anos de Constitución española*, Madrid, 2020, pp. 59 ss.; E. OLIVITO, *op. cit.*, p. 11. Sui processi di revisione del tradizionale welfare state, frutto di una poderosa costruzione ideologica e politica di una nuova ragione del mondo neo liberista, logica assoluta del mercato, con tratti ben determinati, cfr. E. BALIBAR, *Con Marx, dopo il marxismo: la questione del Capitalismo Assoluto*, in C. GIORGI (a cura di), *Rileggere il Capitale*, Roma, 2018, pp. 9-22. Da ultimo, cfr. A. MORRONE, *Stato sociale, cit.*, *passim*.

⁷¹Il fenomeno è stato peraltro denunciato già da A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, p. 286, secondo il quale «chi non è tecnologicamente attrezzato si smarrisce e non partecipa delle dinamiche sociali, in alcune delle loro più salienti espressioni: è una sorta di ombra invisibile, un fantasma privo di corpo, non è più un civis, come lo si intendeva già nell'antichità, quale soggetto titolare di diritti e gravato di doveri nei confronti de-

profilo, di estremo rilievo per il diritto pubblico, legato all'aumento della concentrazione di potere che si può registrare in capo alle maggiori *Tech Companies* una volta che queste ultime vengano di fatto ad assumere, nelle pratiche di *governance* urbana, la responsabilità di servizi in precedenza gestiti e/erogati dall'ente locale politico⁷².

Ecco allora che il concetto di *smartness*, pertanto, piuttosto che in riferimento alla *strumentistica*, definita e decifrata da logiche tecnocratiche o da indici economicistici, proiettati verso un efficientismo *hi-tech* che punta sul singolo individuo come attore chiave⁷³, e che finisce per agevolare una deriva da *smartmentalizzazione*⁷⁴, va coniugato sugli *obiettivi*, che devono insistere e coinvolgere, secondo un approccio inclusivo, il tessuto sociale di riferimento⁷⁵. Torna ancora, in questo senso, la logica del bene comune già in precedenza evocata, quale *prodotto tra le parti*, in luogo di quella del bene totale, inteso come mera sommatoria, di stampo efficientistico, *delle parti*, quella lungo la quale progettare e sviluppare, in termini di possibilità, la *smartness* delle città⁷⁶.

gli altri suoi simili e dell'intera collettività di appartenenza».

⁷²Evidenzia i rischi di cattura delle strategie di sviluppo urbano da parte di alcuni operatori economici in grado di fornire le soluzioni tecno-logiche "smart", E. CARLONI, *Città intelligenti*, cit., spec. p. 242.

⁷³I. IANNUZZI, *Smart City. Opportunità e criticità del modello urbano intelligente*, in M.C. FEDERICI – U. CONTI (a cura di), *I luoghi del possibile. Sociologia dell'abitare e del co-housing*, Roma, 2019, p. 65. In tema, cfr. P. DEGLI ESPOSTI, *Essere prosumer nella società digitale: produzione e consumo tra atomi e bit*, Milano 2015; G. RITZER, *Prosumer Capitalism*, in *The Sociological Quarterly*, 2015, pp. 413 ss.

⁷⁴D. CIAFFI, *La Smart City nel nuovo paradigma collaborativo: input dal "Regolamento" di Bologna*, in I. BERETTA (a cura di), *L'umanesimo della smart city: inclusione, innovazione, formazione*, Lecce, 2015, pp. 47 ss.

⁷⁵Ancora E. OLIVITO, *op. cit.*, p. 47 osserva che «la narrazione della smart city come luogo in grado di coniugare gli interessi per la competitività economica, la tecnologia e la digitalizzazione con l'attenzione al capitale umano (individuale e collettivo) e alle risorse naturali non riesce a oscurare una realtà ben diversa. Quanto più in un'ottica di rimozione delle dis-eguaglianze e di inveroamento dell'eguaglianza costituzionale, non può tacersi il fatto che il linguaggio e l'aspirazione alla realizzazione della smart city sono il prodotto di una visione funzionalista e tecnocratica della città, che è servente rispetto alle esigenze del capitalismo finanziario digitalizzato e dei suoi attori. Il paradigma della smart city propone obiettivi sì condivisibili, anzitutto sotto il profilo della sostenibilità urbana ambientale, ma a condizione che l'attenzione verso tali problematiche non distolga lo sguardo dalle cause delle diseguaglianze socio-economiche». Cfr. M. CAPORALE, *L'intelligenza si ripartisce*, cit..

⁷⁶Lungo queste traiettorie, ancora da esplorare, occorre pensare e ricalibrare le politiche in funzione non più di una città ideale quanto di una precisa idea di città, che offra in maniera esemplare risposte ad una serie di aspirazioni e bisogni multiformi, che sia il frutto dell'apporto di una molteplicità di attori, che si sostanzii in obiettivi il cui raggiungimento sia possibile (E.

In sintesi, forse estrema, ma efficace: una città *smart*, se tale aggettivo evoca principalmente, quando non esclusivamente, il paradigma tecnologico, non sempre è, di per sé, una città giusta⁷⁷. Non è casuale, allora, l'affacciarsi di nuove qualificazioni semantiche della città – anche alternative a quella di *smart* – quali *human* o *smart community*, *sharing city*, etc., o il recupero di concetti già noti quali quello di *urban regeneration*, tutti accomunati, pur nelle loro specificità e ambiguità, dal desiderio di rivitalizzare un *civic empowerment* che passi, oltre che da quella dei diritti civili e politici, dalla tutela e garanzia dei diritti sociali⁷⁸.

In conclusione di questo paragrafo, si ritiene opportuno un cenno al PNNR dove si possono rintracciare alcuni indizi volti a recuperare, ri-costruendola, un'attenzione alla dimensione sociale della città da declinare su più piani, all'interno di un processo (anch'esso) di ri-costruzione del senso di una dimensione urbana che non può sottrarsi alla sfida “intertemporale” di un mondo nuovo lanciata dalla tecnologia e dall'intelligenza artificiale e capace di ridefinire le forme della stessa esistenza (e quindi, convivenza) umana⁷⁹. Non solo il primo obiettivo da perseguire con gli investimenti nella rigenerazione urbana è, in-

CARLONI, *Città intelligenti*, cit., p. 263; cfr. T. LEE, *Global Cities and Climate Change. The Translocal Relations of Environmental Governance*, New York-London 2015).

⁷⁷M. ROSOL, G. BLUE, V. FAST, «Smart», aber ungerecht? Die Smart City – Kritik mit Nancy Fraser denken, in S. BAURIEDL – A. STRÜVER (a cura di), *Smart City – Kritische Perspektiven auf die Digitalisierung in Städten*, Bielefeld, transcript Verlag, 2018, ripreso da E. OLIVITO, *op. cit.*, p. 49. Cfr. Anche H. SCHAFFERS, *The Future of Smart Cities: Open Issues and Research Challenges*, in *Scienze Regionali*, 2018, 1, per il quale «The challenges cannot be properly addressed by technology strategies and top-down planning approaches alone. In this regard there is still a challenge with respect to aligning the technological opportunities, the city's governance and decision processes, and the empowerment of citizens. Truly smart cities will not be characterized by their ability to engineer and implement smart technological systems in predefined settings, but rather by an ability to establish ecosystem platforms and internet-based collaboration mechanisms for mobilizing the collective intelligence of citizens and other stakeholders».

⁷⁸G. FERRARI, *op. cit.*; M. BERNARDI, *From Smart City to Sharing City. New Perspectives in Sharing Economy Era*, Milano, 2017, p. 89, definisce la *sharing city* come una sorta di *smart-city* umano-centrica e partecipativa che guarda alla città come ecosistema «per la promozione dello sviluppo umano dai mercati ai beni comuni». Lo sviluppo di una vera città della condivisione, secondo D.L. ARCIDIACONO, *Dalla smart city alla sharing city: un nuovo ecosistema urbano?*, in *Soc. urb. e rurale*, 2020, 122, p. 82, «necessita di un peculiare ecosistema costruito lungo quattro direttrici in cui l'attore pubblico svolge comunque un ruolo preminente: sviluppare una vision condivisa sull'utilità e i benefici dello *sharing* presso la collettività cittadina, agendo soprattutto sulla leva culturale; favorire l'imprenditorialità “condivisa” e le reti di collaborazione tra i diversi provider di servizi collaborativi; fare in modo che le tecnologie, quale fattore abilitante, siano accessibili e aperte; ingaggiare un dialogo e una guida per lo sviluppo di soluzioni e pratiche che rispondono a specifici bisogni della comunità urbana».

fatti, quello della riduzione delle situazioni di emarginazione e degrado sociale, cui si associa quello dell'incremento del decoro urbano e del contesto sociale e ambientale⁸⁰, ma l'intervento «*Piani Urbani Integrati*» è dedicato alle periferie delle Città Metropolitane e prevede espressamente una pianificazione urbanistica partecipata volta alla trasformazione di territori vulnerabili in città *smart* e sostenibili, limitando il consumo di suolo edificabile⁸¹.

3.3. Il diritto alla città come chiave per il superamento della prospettiva consumeristica di accesso alle risorse.

Ed è lungo questa traiettoria che conviene nuovamente tornare a guardare agli studi sul diritto alla città che, come già detto, teorizzato da Henri Lefebvre a partire dai processi di industrializzazione e dall'avvento del capitalismo, vede oggi, nei lavori più recenti, il capitalismo globale quale principale sfondo di contesto⁸².

La semantizzazione di tale concetto che pare utile promuovere per seguire il discorso che si sta provando a portare avanti è quella proposta da David Harvey, secondo il quale «*the Right to the City is far more than the individual liberty to*

⁷⁹Cfr. A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo": le sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, pp. 3 ss., in part. 30, ora ID. (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: come regolare un mondo nuovo?*, Milano 2020. In tema, fra i molti, cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, pp. 63 ss.

⁸⁰Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, M5C2.2 Rigenerazione urbana e *housing sociale*.

⁸¹Gli interventi potranno anche avvalersi della co-progettazione con il Terzo settore ai sensi dell'art. 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell'art. 1, comma 2, lettera b) legge 6 giugno 2016, n. 106) e la partecipazione di investimenti privati nella misura fino al 30 per cento. Obiettivo primario è recuperare spazi urbani e aree già esistenti allo scopo di migliorare la qualità della vita promuovendo processi di partecipazione sociale e imprenditoriale. I progetti dovranno restituire alle comunità una identità attraverso la promozione di attività sociali, culturali ed economiche con particolare attenzione agli aspetti ambientali. L'investimento prevede la predisposizione di programmi urbanistici di rigenerazione urbana partecipati, finalizzati al miglioramento di ampie aree urbane degradate, alla rigenerazione, alla rivitalizzazione economica, con particolare attenzione alla creazione di nuovi servizi alla persona e al miglioramento dell'accessibilità e dell'intermodalità delle infrastrutture anche allo scopo di trasformare territori metropolitani vulnerabili in territori efficienti, sostenibili e produttivi aumentando, ove possibile, il loro valore.

⁸²D. HARVEY, *The Right to the City*, in *Social Justice and the City*, 2009; L. FERNANDES, *Politics of Forgetting: Class Politics, State Power and the Restructuring of Urban Spaces in India*, in *Urban Studies*, 2004; A. SUGRANYES – C. MATHIVET (eds.), *Cities for All: Proposal and Experiences towards the Right to the City*, 2010.

*access urban resources: it is a right to change ourselves by changing the city. It is, moreover, a common rather than an individual right since this transformation inevitably depends upon the exercise of collective power to reshape the process of urbanization. The freedom to make and remake our cities and ourselves is ... one of the most precious yet most neglected of our human rights*⁸³. Si tratta di un tentativo di definizione che prova una torsione del significato del diritto alla città da una mera sommatoria di singoli diritti di accesso alle varie risorse di una città (i.e. *incremental approach*) verso un concetto più ampio, capace di andare oltre la semplice addizione numerica, ricomprendendo una rivendicazione esistenziale e di cittadinanza capace di produrre effetti nei processi democratici di *governance* urbana (i.e. *transformative approach*)⁸⁴.

Di grande importanza, a tal proposito, è l'accoglimento, da parte della Corte Suprema Indiana, della teoria avanzata Upendra Baxi secondo la quale il diritto alla città non va inteso come libertà, ma come *potere*, come un diritto non solo individuale ma collettivo, come bene comune, che si sostanzia nella richiesta (e nella realizzazione) di un cambiamento nei nostri spazi di vita e, in fondo, in noi stessi⁸⁵.

In questa prospettiva, le dimensioni spazio-relazionali, continuamente e ripetutamente integrantesi tra loro, co-esistono e costituiscono l'ambiente nel quale prende forma e vita il diritto alla città⁸⁶, quale rivendicazione in termini di effettività di una partecipazione condivisa alla realizzazione della città. Una città *prodotta* dalla città stessa⁸⁷.

⁸³D. HARVEY, *op. cit.*, p. 315.

⁸⁴A. SANGAI, *From Housing to City: on the Possibilities of the Right to the City in South Africa and India*, in *Const. Court. Review*, 2019, 9, pp. 161 ss., in part. 165.

⁸⁵È il caso *Ajay Maken v. Union of India*, W.P. (C) 11616 of 2015, deciso con sentenza del 18 marzo 2019, par. 80, che ha visto la *High Court of New Delhi* intervenire sulla legittimità dello sfratto di 5.000 famiglie negli *slums* di Delhi; in particolare, il punto qui trattato lo si ritrova al par. 80. Cfr. U. BAXI, *A Philosophical Reading of the Right to City* in *Urban Policies and the Right to the City in India: Rights, Responsibilities and Citizenship*, UNESCO, 2011, p. 17. Tuttavia, prosegue l'A., «il “noi” per la trasformazione non è un dato di fatto, ma deve essere costruito, forgiato o fabbricato, se non altro perché coloro che esercitano il dominio economico, sociale e politico aspirano sempre alla frammentazione del “noi” emergente».

⁸⁶A. SANGAI, *op. cit.*, p. 169.

⁸⁷Utile può essere il riferimento al concetto di *civic dignity* affermato dalla Corte costituzionale del Sud Africa nella nota decisione *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Others* (2006 (12) BCLR 1399 (CC), Case CCT 12/05).

3.4. Il diritto alla città per il superamento della mercificazione e il rovesciamento di dinamiche escludenti. Le dimensioni della socialità: inclusività e partecipazione.

Percorrere l'approccio ermeneutico che funzionalizza alla soddisfazione dei diritti le soluzioni organizzative messe in campo dall'amministrazione significa dunque, anzitutto, guardare alle garanzie (che siano apparse) irrinunciabili proprio in un periodo di crisi (economica e non solo) come quello che ha caratterizzato la vicenda pandemica, e che appaiano attualmente prioritarie nella prospettiva di reagire a quella crisi e di ricostruire. Tra queste garanzie si situa il fascio di pretese che anima diritto alla città, ove se ne esalti la matrice genetica e la portata inclusiva che questa propone⁸⁸, e considerando quanto la crisi multilivello determinata dalla emergenza pandemica abbia acuito condizioni di esclusione a danno di categorie svantaggiate.

In questo senso la dimensione della "fruizione", che lega l'ampio ventaglio di prerogative in cui viene articolandosi il diritto alla città a partire dalla teorizzazione di Lefebvre⁸⁹, con la sua capacità di attrarre plurime situazioni che chiamano, tutte, in causa l'interlocuzione con i pubblici poteri – organizzazione funzionale a rendere disponibili funzioni e servizi⁹⁰, e prestazioni alle quali concretamente il diritto alla fruizione si dirige – porta il diritto alla città al centro della relazione prima evocata tra cittadinanza e consumo. La capacità di sintesi che promana dalla formula "diritto alla città" è infatti intuitivamente legata alla possibilità di accogliere i diversi beni offerti dalla città (sicurezza, abitazione, mobilità, altri servizi essenziali), l'accesso ai quali non può che essere ga-

⁸⁸A tal proposito si consideri, infatti, che l'opera di Lefebvre in cui il significato del diritto alla città è stato chiarito, ossia *Spazio e politica*, cit., rileva espressamente la finalizzazione del diritto ai lavoratori allontanati dai centri urbani e destinati ad una situazione di emarginazione e isolamento. Su questo v. ancora F. SAIITA, *op. cit.*, p. 58.

⁸⁹«Il diritto all'opera (all'attività partecipante) e il diritto alla fruizione (ben diverso dal diritto alla proprietà) sono impliciti nel diritto alla città»: H. LEFEBVRE, *Spazio e politica. Il diritto alla città II*, cit., p. 121.

⁹⁰Potendosi giungere sino ad attrarre l'esercizio della stessa funzione nell'area della provvista di servizi, ove il primo sia riguardato come erogazione di servizi burocratici (cfr. *supra* nota 7).

rantito a tutti almeno nella sua misura minima⁹¹. La riflessione si articola in questo senso intorno: ai bisogni essenziali allo sviluppo della persona umana che all'interno delle città vanno soddisfatti; alla effettività da assicurare al godimento dei diritti, di matrice costituzionale, che sottendono gli stessi bisogni; all'eguaglianza come faro che guida l'analisi delle condizioni della interazione sociale all'interno della città e la valutazione delle ricadute delle alternative decisioni pubbliche che conformano la coesistenza delle persone negli spazi urbani, proponendosi in qualche caso specificamente di rimuovere le diseguaglianze registrate⁹². Al contempo è opportuno chiarire che quello al consumo non vale qui come riferimento ad una dinamica che si esaurisce necessariamente nell'accesso ad una o più merci, potendo anzi operare nella direzione del rovesciamento di questa prospettiva⁹³. La lettura che qui si propone è infatti quella del superamento della dimensione individualistica implicata dai processi di mercificazione e di accesso ai beni così prodotti, e della valorizzazione della caratura "sociale"⁹⁴ del diritto alla città e dei diritti in cui esso si articola. Se le utilità alle quali le città – anche nella loro nuova eventuale configurazione di città intelligenti – consentono accesso, vanno considerate non in ragione del loro valore di scambio, ma della loro idoneità a porsi come strumenti e spazi di socialità, dovrà opportunamente guardarsi, più ancora che alle *utilities* e/o ai servizi

⁹¹J. B. AUBY, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2019, 1, p. 24. Del resto sul nucleo essenziale delle pretese che riempiono di significato la formula del "diritto alla città" può vedersi la risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU del 23.12.2016 sugli insediamenti umani e lo sviluppo urbano sostenibile, *New Urban Agenda, UN-Habitat III*: «*We share a vision of cities for all, referring to the equal use and enjoyment of cities and human settlements, seeking to promote inclusivity and ensure that all inhabitants, of present and future generations, without discrimination of any kind, are able to inhabit and produce just, safe, healthy, accessible, affordable, resilient and sustainable cities and human settlements to foster prosperity and quality of life for all. We note the efforts of some national and local governments to enshrine this vision, referred to as "right to the city", in their legislation, political declarations and charters*».

⁹²B. SECCHI, *La città dei ricchi e la città dei poveri*, Roma-Bari, 2018.

⁹³Sul punto F. BIAGI, *Henri Lefebvre. Una teoria critica dello spazio*, Milano, 2019, p. 204 segnala «Il rovesciamento della città come "merce" da parte di chi è escluso, oppresso, e la dialettica ricostruzione di un essere in comune della polis come "opera" di coloro i quali la abitano».

⁹⁴Sulle implicazioni che la socialità del diritto alla città genera sulla strutturazione dello stesso in termini di diritto collettivo D. HARVEY, *Il capitalismo contro il diritto alla città*, Verona, 2018. In tema cfr. ancora S.R. FOSTER, C. IAIONE, *op. cit.*

pubblici in generale⁹⁵, ai servizi sociali come prestazioni potenzialmente in grado di assicurare il conseguimento di obiettivi di integrazione e autentiche esperienze di condivisione e coesistenza. Nel godimento di quelle prestazioni si sostanzia infatti la costruzione libera della cittadinanza⁹⁶, del senso di appartenenza ad una comunità, di una partecipazione consapevole, e in definitiva l'esercizio della sovranità⁹⁷. Ed in questo senso le politiche sociali appaiono talvolta come strumento irrinunciabile da affiancare alle politiche *smart* – e con il quale riequilibrarne gli effetti – come ad esempio quelle di modernizzazione ecologica, per non vanificare i risultati in termini di miglioramento della qualità di vita delle persone che dalle prime ci si attende⁹⁸. Il che è, come noto, riassunto dalla formula suggestiva che vuole coniugate sostenibilità e giustizia.

⁹⁵Prestazioni la cui definizione e disciplina ruota innegabilmente intorno alla loro idoneità ad essere scambiate contro un prezzo, e ad essere prodotte con metodo economico (semplificando in maniera estrema, puntando al «tendenziale pareggio tra costi e ricavi»: su cui cfr. *ex plurimis* Cass. 26.1.2004, n. 1367; 11.7.2001, n. 9396; 20.12.2002, n. 18218; SS.UU., 11.4.1994, n. 3353; 18.6.2018, n. 16031. Sulla economicità dei servizi come condizione che ne ha consentito l'assoggettamento, pur con i presidi contemplati dall'art. 106 TFUE, alle regole del mercato unico e della concorrenza, si veda G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90 del Trattato*, in *Dir. Un eur.*, 1996, pp. 721 ss; D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 1 ss.

⁹⁶P. De IOANNA, *La giurisdizione amministrativa come presidio dei diritti sociali di cittadinanza*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2016, 2, pp. 531 ss., spec. 535 – il «nucleo interno ed essenziale della cittadinanza» si definisce intorno all'«aspettativa del singolo alla erogazione certa, stabile e sicura» di una serie di prestazioni, «che perimetrano la sua soggettività pubblica», come istruzione, sanità, previdenza, assistenza.

⁹⁷L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, cit., p. 101. S. STAIANO, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *federalismi.it*, 2015, 22, sottolinea la necessità di mettere al centro del processo genetico di una Costituzione europea la garanzia dei diritti sociali ove ne si intenda informarne le sorti al principio democratico.

⁹⁸Su questo punto ancora G. CARROSI, *op. cit.*, che infatti si riferisce alla povertà energetica come a una «declinazione della povertà generale» che quindi va aggredita con misure di politica sociale. L'A. in particolare non ritiene che gli strumenti di politica sociale sino ad ora messi in campo in tale prospettiva (interventi sui prezzi dell'energia per calmarne il costo per il consumatore finale; sostegno al reddito delle persone più vulnerabili, attraverso l'istituzione del bonus energia; politiche di salvaguardia per l'accesso delle fasce deboli della popolazione ai servizi energetici attraverso rateizzazione dei pagamenti, tassi massimi di interesse, divieti di sospensione del servizio in casi di particolare disagio) siano sufficienti, ed individua nelle strategie di rigenerazione delle periferie urbane «che riconoscano nella questione ambientale un elemento determinante rispetto alla qualità della vita delle persone e al loro benessere», uno strumento valido a questo fine.

Non solo. Guardare alla città e alle utilità che essa schiude non tanto come a delle risorse cui accedere, significa relativizzare la portata esclusiva (talvolta escludente) e individualistica dei processi di consumo, prospettando piuttosto come prioritario l'accesso ai servizi (pubblici e, ancor di più, sociali) in quanto funzionale a favorire la percezione del carattere comune e collettivo della occupazione degli spazi urbani, e la condivisione delle esigenze (collettive appunto) che in quegli spazi trovano campo. Le potenzialità del diritto alla città, e delle letture che ne vengono proposte, si spingono oltre l'auspicio di superare l'orizzonte del consumo in senso tradizionale, quand'anche riferito ai servizi, e pongono come essenziale la partecipazione collettiva ai processi decisionali che informano gli spazi urbani e i servizi che essi ospitano⁹⁹, prefigurando su questo particolare crinale obiettivi di democrazia partecipativa in grado di riflettere istanze diffuse anziché parziali e/o settoriali¹⁰⁰. Ché anzi, in questo risolversi in una «politica funzionalistica in cui l'individuo ed i corpi sociali si riappropriano

⁹⁹D. HARVEY, *Il capitalismo contro il diritto alla città*, cit., pp. 8 ss. ove il diritto alla città è definito «molto più che un diritto di accesso ... alle risorse che la città incarna», ma come «il diritto di cambiare e reinventare la città in modo più conforme alle nostre esigenze ... una forma di potere decisionale sui processi di urbanizzazione e sul modo in cui le nostre città sono costruite e ricostruite». Si rivela particolarmente efficace il richiamo operato da F. SAITTA, op. cit., al contributo di Feliciano Benvenuti sulla figura del cittadino attivo che «superato il principio della delega, si riscopre non solo come portatore di bisogni e diritti, ma anche come co-costruttore della cosa pubblica e responsabile del suo funzionamento». Ancora lo stesso autore – rinviando sul punto a P. BARBIERI, *Città aperte*, in A. CRICONIA (a cura di), *Una città per tutti. Diritti, spazi, cittadinanza*, Roma, 2019, p. 67 – segnala come il diritto alla città «postuli» «il diritto di partecipare alla sua costruzione». Il diritto collettivo di plasmare gli spazi urbani e conformarne l'utilizzo si legge in recenti sperimentazioni di riqualificazione degli spazi: A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza?*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 1, pp. 31 ss.; M. PASSALACQUA, A. FIORITTO, S. RUSCI (a cura di), *Riconoscere la Rigenerazione. Strumenti giuridici e tecniche urbanistiche*, Rimini, 2018. Collega la rivendicazione dei cittadini di partecipare alla gestione del potere pubblico per la tutela e la rigenerazione dei beni comuni alla «inadeguatezza dei poteri pubblici ad interpretare per tempo, con l'esercizio dei tradizionali poteri autoritativi, le esigenze dei cittadini», F. SAITTA, op. cit., p. 81.

¹⁰⁰D. HARVEY, *Il capitalismo contro il diritto alla città*, cit., p. 37. U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in ID. (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010. Sulle dinamiche della democrazia partecipativa nel comparto dei servizi pubblici, G. CAMMAROTA, *Servizi pubblici online e partecipazione migliorativa*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La Tecnificazione*, cit., pp. 113 ss.

della città tramite pratiche partecipative e di amministrazione condivisa»¹⁰¹, il diritto alla città si contrapporrebbe al diritto della città¹⁰².

4. Diritto alla città, diritto alla *smart* e alla *digital city*.

È ragionevole cogliere nelle rivendicazioni che vengono maturando in seno alla città, e intorno alle quali si costruiscono il diritto e i diritti alla città, una progressione naturale che si muove nella direzione dell'innovazione, della digitalizzazione, dell'impiego di modelli di elevata tecnologia per conseguire quei risultati di inclusione sociale di cui si diceva. In definitiva nelle pieghe del dibattito relativo al diritto alla città si situa per così dire fisiologicamente quello intorno al diritto a città intelligenti e digitali¹⁰³, del resto in concomitanza con l'affermazione di un nuovo modello economico per lo sviluppo urbano informato da target di sostenibilità ambientale, di efficienza energetica, di innovazione tecnologica dell'informazione e della comunicazione.

Le stesse forme di partecipazione diffusa alla costruzione del diritto alla città, nel solco dei percorsi di democrazia partecipativa di cui si è detto, sono

¹⁰¹A. BARTOLINI, *Recensione a E. FONTANARI, G. PIPERATA (a cura di), Agenda Re-cycle. Proposte per reinventare la città*, Bologna, 2017, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 4, p. 157.

¹⁰²J.B. AUBY, *Droit de la ville, cit.*, e ID., *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo, cit.*, p. 24. La concettualizzazione del "diritto della città" muove dalla riconsiderazione del diritto urbanistico, di cui il primo rappresenterebbe uno sviluppo teso all'obiettivo di governare in concreto le città e i loro problemi, nel solco di un metodo "giusrealistico". Peraltro, mette conto evidenziare come lo spettro semantico schiuso dalla locuzione in parola abbia subito delle torsioni dovute alla attualizzazione, in certi casi superamento, delle categorie lefebvrine maturate nel contesto del capitalismo industriale, delle quali dà conto A. MERRIFIELD, *The Politics of the Encounter: Urban Theory and Protest under Planetary Urbanization*, University of Georgia Press, Athens, 2013.

¹⁰³Tra i contributi che riflettono il senso di questa progressione S. ANTONIAZZI, *Smart City: diritto, competenze e obiettivi (realizzabili) di innovazione*, in *federalismi.it*, 2019, 10. Con riguardo ai presupposti delle *smart cities* (diffusa connettività e digitalizzazione dei servizi e delle comunicazioni negli enti locali), l'A. segnala, in assenza nell'ordinamento interno di una nozione giuridica di riferimento espressa, la locuzione «comunità intelligenti» (ex art. 20, D.L. n. 179/2012, conv. in L. n. 221/2012). La norma dispone, in ordine al sistema di monitoraggio delle attività *smart* messo in campo, che siano coinvolti nel medesimo, per il tramite dell'ANCI, anche i Comuni che non abbiano ancora adottato misure ascrivibili al «piano nazionale delle Comunità intelligenti». Mette conto evidenziare come l'art. 20 del D.L. n. 179/2012 cit. sia stato incisivamente modificato ad opera dell'art. 65, c. 5 del D. lgs. n. 179/2016 che ne ha abrogato diverse disposizioni. Intravede nella opzione di diritto positivo – comunità intelligenti in luogo di città intelligenti – accolta dal legislatore italiano la volontà di valorizzare la componente umana delle *smart cities*, M. CAPORALE, *op. cit.*, p. 36. Sui confini giuridicamente incerti della nozione si veda pure C. BENETAZZO, *op. cit.*

predicabili nella forma di una cittadinanza *smart*¹⁰⁴, che confluisca appunto nella predisposizione, gestione e offerta di infrastrutture e servizi innovativi¹⁰⁵.

5. Possibili declinazioni di consumo nelle *smart cities*: collaborazione e rischio di esclusione.

La necessità di superare la prospettiva tradizionale della consumazione di risorse è un obiettivo ineludibile da perseguire a partire dalla considerazione delle utilità che le città intelligenti potenzialmente offrono, per le ragioni sino a questo punto sinteticamente illustrate. D'altra parte è proprio guardando alla prospettiva del consumo, o meglio alla torsione che essa subisce nel contesto *smart*, che è possibile cogliere un tratto distintivo del fenomeno. Nella messa in rete di energie, tesa ad amplificare le opportunità scaturenti dalle sinergie innescate, il pieno godimento delle prime è garantito da una condotta attiva dello stesso consumatore dei servizi – al quale è quindi richiesto di esibire “intelligenza” – che sostanzia uno «*slittamento verso il fruitore del carattere intelligente inizialmente riferito alla comunità*»¹⁰⁶. Ed in questa declinazione attiva del comportamento dell'utilizzatore delle risorse, che correda e completa l'iniziativa dal basso di quanti mettono a disposizione della comunità attività e servizi *smart*, si radica un onere, che è segno ad un tempo, del principio di solidarietà che guarda alle generazioni future e a quelle presenti altrimenti emarginate/escluse, disegnando soluzioni tecnologicamente raffinate ed economicamente avanzate, eppur sostenibili¹⁰⁷, e della stessa matrice genetica del fenomeno che, per semplificare, è

¹⁰⁴L. SARTORI, *Alla ricerca della smart citizenship*, in AA.VV, *Smart cities e amministrazioni intelligenti*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 3, pp. 927 ss..

¹⁰⁵Tra i servizi e le infrastrutture di servizi di cui si discute sono naturalmente inclusi anche quelli sociali (ad es. servizi di sostegno al reddito e di contrasto alla povertà).

¹⁰⁶Aspetto colto da F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 19: «*la persona che fruisce dell'iniziativa ...deve a sua volta attivarsi per abbattere gli ostacoli, superando la logica dell'attesa passiva e divenendo prosumer (e non più solo consumer) [...] contesto che offre possibilità innumerevoli alle persone che siano esse stesse smart*».

¹⁰⁷Ché anzi la finalizzazione alla persona umana costituirebbe un limite della soluzione tecnologica prescelta, idonea ad escludere che essa sia tesa unicamente a perseguire risultati di stampo economico per l'impresa che la mette in campo. Evoca a tal proposito la figura del «*denizen*» che ha preso il posto del «*citizen*» – rinviando al contributo di C. E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, pp. 481 ss., spec. p. 487, e F. PUGLIESE, *Scritti recenti sull'amministrazione «consensuale»: nuove regole, nuove responsabilità*, Napoli,

di carattere collaborativo¹⁰⁸. Ove manchi la collaborazione da parte del consumatore difetterebbe cioè la possibilità stessa di beneficiare dei meccanismi inclusivi che sottendono, in teoria, l'attivazione di iniziative *smart*. La fede comune nel miracolo della moltiplicazione dei benefici che dai contesti *smart* discendono appare dunque fondamentale per il concreto godimento dei primi. Emerge così con tutta evidenza il rapporto tra strumenti e fini che decifra la relazione tra spazi/servizi intelligenti e benessere condiviso delle persone, e il rischio assai plausibile di esclusione di quanti esercitino la loro libertà alla non condivisione, soprattutto ove l'orientamento arbitrario dei pubblici poteri – tenendo fermo cioè il loro «ruolo minimo» nei contesti intelligenti¹⁰⁹ – spinga eccessivamente nella direzione dell'inclusione.

6. Il *social housing*: la socialità nel prisma delle città intelligenti

Provare a declinare la *smartness* della città, non tanto in relazione alla capacità tecnologica della infrastrutturazione e della strumentistica, che risaltano in prima battuta come elementi connotativi della stessa, quanto in rapporto alle opportunità che esse schiudono in termini (e guardando ad obiettivi) di irrobustimento del tessuto connettivo di relazioni che definisce la comunità urbana, conduce a considerare tra le dimensioni che maggiormente esaltano questa prospettiva finalistica, altrimenti detto il potenziale sociale della *smart city*, quella della edilizia residenziale sociale.

1996, 100 – F. GASPARI, *Il social housing nel nuovo diritto delle città*, cit., p. 16.

¹⁰⁸Il paradigma della collaborazione ispira in sintesi le idee di «*crowdfunding*», «*produzione collaborativa*», «*consumo collaborativo*»: F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁹Assumendo il caso della gestione degli orti urbani come esemplificativo delle esperienze di condivisione di cui qui si dà conto, in coerenza con il ruolo “minimo” che l'amministrazione pubblica viene assumendo mediando tra i portatori dei diversi interessi della comunità, si muove la previsione che ricorre nei bandi per l'assegnazione ... della facoltà dell'amministrazione comunale di «*richiedere in qualsiasi momento ... laddove ... l'assegnatario si renda responsabile di violazioni delle norme del regolamento e degli allegati (vademecum), la restituzione dell'area previo preavviso di 15 giorni*», o ancora, per il caso di inadempimento degli obblighi «*per mancato accordo tra gli assegnatari*» degli appezzamenti, la facoltà del comune «*di eseguire gli interventi addebitandone la spesa con riparto in base alla superficie del lotto concessa*»: così l'avviso pubblico per la raccolta di manifestazioni di interesse da parte di persone fisiche e giuridiche per l'assegnazione e la gestione degli orti urbani pubblicato dal Comune di Salerno, sulla base del Reg. approvato con DCC n. 42 del 30.12.2020, in <http://www.comune.salerno.it/allegati/31552.pdf>.

6.1. Traiettorie di sviluppo della città *smart* nella direzione della socialità: l'*housing* sociale e il senso dell'*abitare*.

Porsi nella prospettiva di analisi del rapporto tra *Smart City* e *Social Housing* significa poter occupare un punto di osservazione privilegiato per la lettura della dinamica del rapporto tra la logica del mercato e la logica dei diritti¹¹⁰.

Non già (e soltanto) perché il poter disporre di un'abitazione si pone come presupposto essenziale per il godimento pieno dei diritti della persona¹¹¹, al punto che le politiche abitative rappresentano da sempre il *wobbly pillar* del *welfare state*, secondo le intuizioni della tradizionale scienza politologica scandinava¹¹², quanto perché ciò che sta a monte delle azioni di *housing sociale*, delle sue pratiche gestionali, dei suoi modelli organizzativi, è un'idea nella quale confluiscono e si intrecciano concetti intrisi di valore costituzionale: solidarietà, legami sociali, inclusione, condivisione, fiducia, responsabilità, senso di comunità¹¹³.

Concetti, tutti, che illuminano un significato costituzionale della dimensione abitativa che non può ridursi alla (e schiacciarsi sulla) disponibilità, in termini di proprietà o meno, di un immobile, di uno spazio fisico. Nella materialità del rapporto, pur indispensabile, non può infatti esaurirsi il senso più profondo dell'*abitare* – ecco l'idea - che, invece, è propriamente umano e, come tale, impone di allargare lo sguardo (prestando attenzione) alla dimensione socio-relazionale e spazio-urbanistica nella quale il bene fisico-materiale si contestualizza consentendo alla persona umana di *vivere*¹¹⁴.

¹¹⁰M. ALLENA, *La Smart City per il Social Housing*, in G. FERRARI (a cura di), *Smart City: l'evoluzione di un'idea*, cit., p. 252.

¹¹¹Il movimento che portò alla teorizzazione del diritto alla città, peraltro, nacque nella Parigi di fine Ottocento, proprio in conseguenza della crisi abitativa che la città registrava in quegli anni che presto si tradusse in una crisi partecipativa. Cfr. J. HOLSTON, *Housing Crises, Right to the City and Citizenship*, in E. MURPHY – N. HOURANI (eds.), *The Housing Question: Tensions, Continuities and Contingencies in the Modernist City*, 2013, p. 259, per il quale «*In the case of the city, the right to housing is one of the substantive aspects of urban citizenship, part of the bundle of rights that belong to urban citizens*».

¹¹²Cfr. U. TORGENSEN, *Housing: The Wobbly Pillar under The Welfare State*, in *Scandinavian Housing and Planning Research*, 1987, 1, pp. 116 ss.

¹¹³Cfr. ancora M.C. FEDERICI – U. CONTI (a cura di), *I luoghi del possibile*, cit.

¹¹⁴E. OLIVITO, *op. cit.*, p. 17, osserva che «*Se si muove dall'idea che l'abitare non si riduce alla "casa", che il bene "casa" è strumentale al soddisfacimento di bisogni personali e sociali e che, dunque, la disponibilità materiale di una qualsivoglia abitazione non è di per sé sufficiente (né la sua proprietà necessaria) a ga-*

Non a caso, il testo costituzionale italiano, pur all'interno dei Rapporti economici, e nella prospettiva dell'incoraggiamento e della tutela del risparmio, dovendo designare l'oggetto della proprietà di cui si favorisce l'accesso da parte del risparmio popolare (art. 47, comma 2 Cost.), ha optato per l'utilizzo del termine abitazione in luogo di quello di casa, riconosciuto poi dal Giudice costituzionale quale «bene di primaria importanza»¹¹⁵, avvalorando una lettura socialmente orientata dell'esigenza abitativa¹¹⁶.

Allargando lo sguardo a una prospettiva comparata, la giurisprudenza della Corte sudafricana, in diverse occasioni, e in un contesto nel quale la questione abitativa conosce livelli di drammaticità più intensi rispetto ai Paesi dell'Occidente, ha chiaramente affermato come il diritto a un'adeguata abitazione – peraltro espressamente riconosciuto a livello costituzionale (art. 26, sec. 2) – vada ben oltre la garanzia di un luogo di mero riparo o ricovero¹¹⁷.

rantire l'effettività del diritto all'abitare nella sua accezione socio-genica, diviene essenziale considerare, più che il titolo giuridico sul bene, il contesto socio-urbanistico in cui l'abitazione si trova e i servizi fruibili nello spazio urbano in cui è collocata». Come nota M. GORLANI, Le politiche abitative regionali e il requisito della residenza qualificata: un monito della Corte convincente e, in un certo senso, conclusivo, in Forum di Quaderni cost., 2020, 2, p. 357, «abitare non vuol dire soltanto avere un tetto dove ripararsi e dare risposta ad un bisogno primario, ma vuole dire anche, se non soprattutto, creare legami con il contesto e con le persone con cui la persona viene in contatto; vuol dire intessere relazioni ed entrare a far parte di una comunità, partecipando alle decisioni politico-amministrative che la interessano, ma diventando al contempo i destinatari e l'unità di misura delle politiche pubbliche che le istituzioni rappresentative sono chiamate a varare per il benessere di tutti». Cfr. sempre, in tema, T. MARTINES, Il «diritto alla casa», in N. LIPARI (a cura di), Tecniche giuridiche e sviluppo della persona, Roma-Bari, 1974, pp. 407 ss.

¹¹⁵Cfr. Corte cost., sent. n. 166 del 2018.

¹¹⁶Peraltro, come riconosciuto da tradizionale giurisprudenza costituzionale, l'abitazione «rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione» ed è compito dello Stato garantirlo, contribuendo così «a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana», così Corte cost., sent. n. 217 del 1988 e il diritto all'abitazione, pur non espressamente previsto in Costituzione, va incluso nel catalogo dei diritti inviolabili dell'uomo. Vedi da ultimo Corte cost., sent. n. 44 del 2020. Ancora, E. OLIVITO, *ult. cit.*, p. 15. sebbene l'art. 47, comma 2, Cost. non abbia significati univocamente precettivi in ordine alle risposte da dare al disagio abitativo, non va sottovalutata l'importanza del riferimento in Costituzione non alla proprietà di immobili o di case, ma significativamente alla proprietà dell'abitazione. Ciò esprime l'idea di un favor costituzionale, che va alla «proprietà della casa solo se e in quanto essa sia destinata ad abitazione del proprietario; e non ad una abitazione ma alla abitazione». Il bene materiale o la sua proprietà rilevano non di per sé, ma per la funzione che il bene è chiamato ad assolvere, così che l'acquisto della proprietà dell'immobile è da intendersi come strumentale alla funzione costituzionalmente indicata (l'abitazione) e rappresenta solo uno dei possibili mezzi per il soddisfacimento delle esigenze abitative.

¹¹⁷«The right delineated in section 26(1) is a right of “access to adequate housing” as distinct from the right to adequate housing encapsulated in the Covenant. This difference is significant. It recognises that housing

La logica che presiede e anima questa particolare dimensione dell'abitare non si radica nella soddisfazione del bisogno umano fondamentale (l'abitare, appunto) che passi dalla consumazione del bene, quanto piuttosto da un suo utilizzo che prescriva come requisito essenziale anche quello del prendersi cura dello stesso, del mantenerlo, del preservarlo per i fruitori che verranno. L'*housing* sociale, quindi, si costruisce e si tiene insieme poggiandosi sul vincolo di un impegno reciproco tra comunità e fruitore. In fondo, su quella solidarietà che, non a caso, al pari della cittadinanza, esprime una relazione: si è cittadini perché si è solidali, perché si coglie la dimensione fondamentale dell' "esserci", perché si avverte che il bene personale è strettamente connesso con quello dell'altro e degli altri ¹¹⁸.

Occorre peraltro sottolineare l'enorme impatto che la pandemia da Covid-19 ha prodotto sullo stesso significato di casa: innanzitutto, come afferma-

*entails more than bricks and mortar. It requires available land, appropriate services such as the provision of water and the removal of sewage and the financing of all of these, including the building of the house itself. For a person to have access to adequate housing all of these conditions need to be met: there must be land, there must be services, there must be a dwelling. Access to land for the purpose of housing is therefore included in the right of access to adequate housing in section 26. A right of access to adequate housing also suggests that it is not only the state who is responsible for the provision of houses, but that other agents within our society, including individuals themselves, must be enabled by legislative and other measures to provide housing. The state must create the conditions for access to adequate housing for people at all economic levels of our society. State policy dealing with housing must therefore take account of different economic levels in our society», Constitutional Court of South Africa, *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000), par. 35. Pochi paragrafi prima, la Corte aveva creato uno stretto collegamento tra diritto all'abitazione e altri diritti sociali, chiarendo come «*The right of access to adequate housing cannot be seen in isolation. There is a close relationship between it and the other socio-economic rights. Socio-economic rights must all be read together in the setting of the Constitution as a whole. The state is obliged to take positive action to meet the needs of those living in extreme conditions of poverty, homelessness or intolerable housing. Their interconnectedness needs to be taken into account in interpreting the socio-economic rights, and, in particular, in determining whether the state has met its obligations in terms of them*», par. 24. Sul tema, cfr. F. LUCHERINI, *Il diritto a un'abitazione adeguata in India e Sudafrica. Realtà e potenzialità del dialogo tra le corti*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2020, 2, pp. 427 ss.*

¹¹⁸G. DALLA TORRE, *Introduzione*, in G. DALLA TORRE, F. MIANO, M. TRUFFELLI (ed.), *Cittadinanza e partecipazione*, Roma, 2003, p. 15. Sul principio di solidarietà, cfr. *ex multis*, G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; P. BARILE, *Diritti fondamentali e garanzie costituzionali: un'introduzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano 1999, pp. 135 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2002; A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà: crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012. Più recent., F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016.

to nel recente Rapporto delle Nazioni Unite sul diritto a un'adeguata abitazione nella pandemia, «*The pandemic has changed the meaning of "home" fundamentally*» perché essa non è (stato) più solo il luogo della dimensione affettiva e privata, ma è diventato anche un luogo pubblico, luogo di lavoro e di educazione e formazione per i minori, gli adolescenti e gli studenti universitari¹¹⁹. La combinazione di tante diverse funzioni in uno stesso luogo fisico «*should lead to a basic rethinking of the right to adequate housing and a greater recognition of its centrality*»¹²⁰; in secondo luogo, vanno altresì considerati quei processi di rifunzionalizzazione di quello che nel linguaggio degli architetti è noto come «*attacco a terra delle città*», ovvero i piani terra delle abitazioni, dimensioni sulle quali il ripensamento che già si stava avviando in conseguenza della desertificazione commerciale, è destinato ad arricchirsi di nuovi elementi di valutazione, dovuti a quella diversa concezione/estensione della casa e alla necessità di ulteriori spazi comuni che la pandemia ha fatto emergere¹²¹.

6.2. L'*housing* sociale in Italia: alcuni tratti distintivi

Il modello di *housing sociale* sviluppatosi in Italia in seguito all'attuazione del Piano Nazionale di Edilizia Abitativa¹²² propone un'offerta di edilizia sociale che mira a rispondere al bisogno abitativo di quelle famiglie che difficilmente riescono a sostenere i costi dell'abitazione nel mercato privato e che al contempo non riescono ad accedere all'offerta residuale di alloggi nell'edilizia residen-

¹¹⁹Sulle conseguenze della pandemia sui luoghi della formazione, in particolare scolastica, sia consentito il rinvio ai diversi contributi nel mio G. LANEVE (a cura di), *La scuola nella pandemia. Dialogo multidisciplinare*, Macerata, 2020.

¹²⁰*Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context*, Balakrishnan Rajagopal – COVID-19 and the right to adequate housing: impacts and the way forward, United Nations, General Assembly, 27 July 2020, par. 59.

¹²¹E. PUCCINI, *Il diritto all'abitare nell'epoca del Covid-19*, in *Parolechiave*, 2020, 4, *Welfare*, pp. 203 ss.

¹²²Piano previsto dalla Manovra 2009 (D.L. n. 112/2008) e poi approvato con D.P.C.M. 16 luglio 2009. Per un'analisi anche storica delle politiche abitative in Italia, cfr. I. COSTARELLI – M. MAGGIO, *Il welfare abitativo italiano: un'analisi delle normative regionali del decennio 2008-2018*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 21, 2, p. 295; I. COSTARELLI, *La gestione dell'housing sociale*, in *Arc. Studi Urb e Reg.*, 2020, 127, pp. 5 ss.; S. MUGNANO, *Non solo housing. Qualità dell'abitare in Italia nel nuovo millennio*, Milano, 2017.

ziale pubblica. A differenza infatti dei beneficiari dell'edilizia residenziale pubblica, sempre soggetti che versano in grave difficoltà economica-sociale, il *target* di riferimento dell'edilizia sociale, secondo un modello già sperimentato in Europa¹²³, è più ampio, rivolgendosi quest'ultima ad una molteplicità di soggetti con forme meno marcate di disagio abitativo, la c.d. area grigia della domanda (ceti medio-bassi, coppie giovani, ecc.) per cui vengono proposti formule e modelli ibridi di abitare secondo un *blending* di titoli di godimento, mix di fasce di reddito e caratteristiche demografiche¹²⁴.

Si tratta di un modello di *housing sociale* caratterizzato da un meccanismo di finanziamento che prevede un sistema di fondi nazionali e locali in cui investono soggetti sia pubblici sia privati, da un vero e proprio *mix* funzionale (residenze, commercio, ecc.), sociale e abitativo (vendita, locazione, ecc.) che caratterizza gli interventi e, infine, per un modello gestionale, spesso noto come gestione sociale integrata o gestione immobiliare sociale, che pone enfasi tanto alle componenti di *facility* e di *property* quanto di *community management*.¹²⁵

¹²³Se nella fase postbellica, cioè quella di maggiore espansione quantitativa dell'edilizia sociale in Europa, gli inquilini erano considerati principalmente come beneficiari passivi di un servizio di welfare, oggi gli inquilini non sono solamente beneficiari di servizi ma cooperano attivamente con i provider nell'erogazione degli stessi in un'ottica di co-produzione, un paradigma che prevede la cooperazione fra cittadini e istituzioni per l'erogazione di servizi pubblici. Di recente il paradigma della co-produzione è stato promosso in senso *top-down* dai *policy-makers* anche per stimolare processi di cittadinanza attiva e inclusione sociale. Nel settore dell'abitare, il paradigma della co-produzione ha assunto forme diverse: dalla consultazione fra utenza e provider sino alla completa autogestione dei servizi abitativi da parte degli inquilini. Nel contesto olandese ad esempio diversi provider di edilizia sociale stanno supportando l'auto-organizzazione di gruppi di inquilini che gestiscono in autonomia gli alloggi in cui vivono. In un caso specifico si prevede persino un modello di autogestione abitativa e di mix sociale che vede giovani olandesi e rifugiati occuparsi insieme delle attività di gestione degli alloggi sociali, dove i primi, supportando il processo di integrazione sociale dei rifugiati, contribuiscono a conseguire gli obiettivi di social welfare del provider, cfr. I. COSTARELLI, *La gestione*, cit., pp. 9-10. Cfr. in tema D. CZISCHKE, *Collaborative Housing and Housing Providers: Towards an Analytical Framework of Multi-Stakeholder Collaboration in Housing Co-Production*, in *Int. Jour. of Housing Policy*, 2018, 1, pp. 55 ss. Sull'esperienza olandese, cfr. D. CZISCHKE – C. HUISMAN, *Integration through Collaborative Housing? Dutch Starters and Refugees Forming Self-Managing Communities in Amsterdam*, in *Urban Planning*, 4, pp. 156 ss.

¹²⁴I. COSTARELLI – M. MAGGIO, *Il welfare abitativo*, cit., p. 323. F. DERIU, *Il «Piano Casa» del governo Renzi: luci e ombre delle misure sull'emergenza abitativa*, in *Pol. soc.*, 2014, 2, pp. 295 ss.

¹²⁵Nella *governance* dell'edilizia sociale emerge infatti che sempre più spesso organizzazioni del privato no profit vengono designate come gestori per conto terzi di immobili a proprietà pubblica o privata. Nel caso della proprietà pubblica degli immobili questa dinamica si spiega

A testimonianza di come l'*housing* sociale sia una cartina di tornasole di una nuova idea di città che sia attenta (soprattutto) alla dimensione sociale e inclusiva, il PNRR affronta i due temi in maniera contestuale e dopo aver istituito il Programma innovativo della qualità dell'abitare - investimento che si articola lungo due linee di interventi, da realizzare senza consumo di nuovo suolo, la prima delle quali è appunto la riqualificazione e aumento dell'*housing* sociale, ristrutturazione e rigenerazione della qualità urbana, miglioramento dell'accessibilità e della sicurezza, mitigazione della carenza abitativa e aumento della qualità ambientale, utilizzo di modelli e strumenti innovativi per la gestione, l'inclusione e il benessere urbano (la seconda linea è l'intervento sull'edilizia residenziale pubblica - ha previsto la destinazione di almeno 200 beni confiscati alle mafie ai fini del potenziamento dell'*housing* sociale unitamente alle rigenerazione urbana e al potenziamento dei servizi di prossimità¹²⁶.

6.2.1. Alcune esperienze di gestione di programmi di *housing* sociale

Se non v'è dubbio che le prime, e quindi più strutturate, esperienze di *housing* sociale si ritrovino al Nord - in particolare la Città di Milano è stata un trampolino di lancio¹²⁷, sperimentando varie formule, tra le quali si segnala qui il progetto ViVi Voltri, dove il gestore sociale ha tentato di destinare una quota di alloggi adottando un criterio attitudinale dei futuri inquilini, ovvero l'assunzione dell'impegno a svolgere attività sociali all'interno del progetto - di parti-

con il tentativo di recuperare alloggi inutilizzati o da riqualificare rendendoli usufruibili. Nel caso invece degli sviluppi immobiliari promossi dal sistema dei fondi, quindi principalmente di proprietà privata, la chiave sta nella promozione di modelli gestionali innovativi che integrano elementi tecnici, finanziari e sociali per garantire la sostenibilità economica degli interventi e dunque della risposta al bisogno abitativo (I. COSTARELLI, *La gestione, cit.*). Nelle regioni in cui il sistema dei fondi immobiliari ha assunto un ruolo rilevante nella politica abitativa, per esempio in Lombardia, le normative regionali prevedono dei sistemi di accreditamento per la gestione degli alloggi di edilizia residenziale rivolti ai soggetti del terzo settore (cfr. I. COSTARELLI, M. MAGGIO, *op. ult. cit.*, p. 322).

¹²⁶PNRR, M5C3, Investimento 2.

¹²⁷Cfr. in tema C. IAIONE, M. BERNARDI, E. DE NICTOLIS (a cura di), *La casa per tutti. Modelli di gestione innovativa e sostenibile per l'adequate housing*, Bologna, 2019, che contiene i risultati di una ricerca, elaborata da Luiss LabGov City con il sostegno di Federcas, che presenta iniziative caratterizzate da forme di auto-organizzazione e di co-governo delle comunità di abitanti, ritenute in grado di garantire il diritto all'*housing* adeguato.

colare interesse è la scelta di promuovere l'abitare sociale operata dalla Regione Puglia con l'approvazione della legge regionale n. 31 del 2019, che esplicitamente riconosce e favorisce il ruolo della «co-residenzialità» come veicolo e strumento di solidarietà, aggregazione e coesione sociale. Una co-residenzialità da declinarsi tanto nella coabitazione, e quindi nell'abitare la stessa casa da parte di nuclei familiari differenti al fine di un reciproco sostegno, quanto nei condomini sociali, ovvero quell'esperienza abitativa condivisa in una struttura residenziale composta da abitazioni private e da spazi comuni destinati all'uso collettivo e alla condivisione tra i coresidenti. Un impegno da parte del legislatore regionale, che coinvolge virtuosamente la collaborazione tra enti locali, privati ed enti del terzo settore, teso a agevolare la definizione, anche a livello culturale, di una nuova forma, aperta e partecipata, ma anche responsabile, di residenza e cittadinanza.

Già negli anni precedenti l'approvazione della legge regionale, a livello di enti locali, si sono registrate iniziative strutturate di *housing* sociale. Il Fondo Esperia, fondo destinato al contenimento del disagio abitativo nelle regioni del Sud Italia¹²⁸, ha promosso il progetto “Bari Social Housing” che, oltre alle opportunità residenziali, offre spazi comuni per attività e servizi, nonché numerosi spazi verdi all'aperto, in cui poter realizzare attività collettive e promuovere lo sviluppo di una comunità solidale, attraverso percorsi – in vari *step* – volti a costruire forme di cogestione, partecipata, relazionale e comunitaria, dell'abitare e di esperienze concrete di aggregazione¹²⁹.

¹²⁸Avviato alla fine del 2013, il Fondo ha una durata di 25 anni e sta sviluppando un programma di interventi di *social housing* da circa 160 milioni di euro prevalentemente localizzati in Puglia, Campania, Basilicata, Sicilia.

¹²⁹Il percorso prevede infatti diverse tappe in cui i candidati e poi gli abitanti selezionati saranno chiamati a essere protagonisti della costruzione della propria comunità di vicinato. I primi momenti di incontro saranno dedicati alla raccolta e al confronto delle esperienze dei futuri abitanti, per conoscersi meglio e per definire, in maniera partecipativa, contenuti e modalità di gestione degli spazi comuni. Negli appuntamenti successivi saranno invece accompagnati in esperienze concrete (autocostruzione, gruppi di acquisto solidali, etc.) in grado di rafforzare le relazioni e la dimensione comunitaria.

Gli abitanti saranno anche coinvolti nella definizione delle regole e delle modalità di rappresentanza che vorranno darsi per costruire insieme le basi della comunità, in grado di valorizzare le differenti risorse che tutti i partecipanti porteranno nel progetto sociale. Il progetto

Sembrano poi da segnalare esperienze che hanno guardato ai programmi di *housing sociale* come occasione per mettere in campo iniziative ispirate a criteri di innovazione tecnologica e sostenibile. Quello promosso in Campania dal Comune di Avellino nel corso del 2013 e ammesso a finanziamento a valere su fondi regionali nel biennio successivo, è stato finalizzato a ricomporre il tessuto insediativo di un borgo storico (la denominazione del progetto “Social Housing Picarelli” riprende appunto il nome del borgo). Il progetto di rigenerazione urbana contemplava, da un lato un intervento di edilizia residenziale pubblica diretto alla sostituzione degli edifici prefabbricati che erano stati realizzati nel regime emergenziale della ricostruzione post-sismica del 1980, e dall’altro la realizzazione di fabbricati a destinazione residenziale in un’area servita da un nuovo asse viario a servizio delle nuove residenze, e indirizzato a ridurre il traffico di attraversamento del borgo. Alla componente edilizia in senso stretto il progetto affiancava la predisposizione e l’offerta di servizi complessivamente rivolti a favorire la socializzazione e l’integrazione dei cittadini, anche nel tempo libero, con conseguente organizzazione degli spazi funzionali alla fruizione degli stessi servizi, missione che intercettava, quindi anche, la realizzazione di strutture a vocazione sociale e culturale¹³⁰. Peraltro a confermare la piena coerenza, almeno sul piano delle dichiarazioni, di questa esperienza di *social housing* con il superamento della prospettiva consumeristica di cui si diceva, è la circostanza per cui il progetto di rinnovamento complessivo dello spazio urbano portato avanti applica un protocollo di valutazione della sostenibilità ambientale a scala urbana¹³¹, complessivamente ispirato all’esigenza di contrastare il

si rivolge infatti a un’ampia categoria di persone e famiglie alla ricerca di un alloggio a prezzi calmierati e di un contesto dove sia possibile sperimentare nuovi modi di abitare, servizi condivisi e occasioni di aggregazione e socialità.

¹³⁰Per la configurazione dei servizi culturali come servizi pubblici si veda F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *federalismi.it*, 2018, 1.

¹³¹Il Protocollo sintetico per la valutazione della sostenibilità ambientale a scala urbana Itaca (Istituto per l’Innovazione e Trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale, Associazione federale delle Regioni e delle Province Autonome) – il cui testo è reperibile in https://www.itaca.org/news_dettaglio.asp?ID=563 – è uno strumento destinato sia agli enti pubblici (in fase di progettazione e di pianificazione) sia agli operatori a vario titolo coinvolti nella trasformazione di aree urbane, rivisto, rispetto alla versione originaria del 2016, nel corso del 2020, è espres-

consumo di nuovo suolo e che assume i seguenti parametri di sostenibilità: la qualità degli spazi pubblici, le connessioni ecologiche, quindi la bioedilizia e il risparmio energetico (attraverso l'impiego di materiali con elevato grado di naturalità – pietra locale, legno, materiali riciclabili e riciclati – nonché ad elevate prestazioni termiche e meccaniche, con auto-sostenibilità energetica degli edifici realizzati – impianti fotovoltaici e pannelli solari –), il sistema di mobilità pubblica, la complessità funzionale, nonché la capacità di rispondere alla domanda di integrazione sociale¹³².

6.3. La pretesa abitativa tra condivisione, natura collettiva del beneficio, e reciprocità e il valore aggiunto rappresentato dal metodo *smart*.

L'inerenza del diritto all'abitazione alla socialità, connotativa, nello spirito in cui si muove la Costituzione, dello Stato democratico¹³³, rende estremamente rilevante l'indagine in ordine allo spessore della relativa posizione pretensiva. Il fatto che l'aspettativa all'abitazione figuri in disposizioni di rango costituzionale, nondimeno in una disposizione di carattere evidentemente non precettivo – l'art. 47, c. 2, Cost., lo si accennava – ha condizionato evidentemente il dibattito relativo alla consistenza della tutela da accordarle. La norma grava il complesso dei pubblici poteri¹³⁴ del compito di favorire l'accesso alla proprietà

sione dell'esigenza di riqualificare il patrimonio edilizio, prevalentemente di scarsa qualità, che caratterizza le periferie urbane, nella considerazione del potenziale rappresentato dalle città quali attivatori di flussi economici, strumenti di mitigazione degli effetti del cambiamento climatico, e dunque volano di transizione ecologica.

¹³²Sul punto cfr. <https://www.nuovairpinia.it/2019/10/29/picarelli-si-rigenera-il-quartiere-con-45-alloggi-e-servizi-via-allhousing-sociale/>.

¹³³Secondo la nota sentenza della C. cost., 25.2.1988, n. 217, infatti il «diritto all'abitazione» rientra «fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione». In tema F. TRIMARCHI BANFI, *La politica della casa nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive. Quarant'anni di legislazione, dottrina, esperienze notarili e giurisprudenza*, vol. I, *Aspetti costituzionali e amministrativi*, Milano, 1986, pp. 27 ss.. Sottolinea «la rilevanza fondamentale dell'interesse all'abitazione come valore giuridico necessario per la realizzazione di uno stato ottimale di eguaglianza sostanziale» T. MARTINES, *Il «diritto alla casa»*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona umana*, cit., p. 395.

¹³⁴Nella già cit. sent. C. cost. n. 217/1988 si legge infatti che il riferimento alla Repubblica deve essere interpretato come un riferimento al «complesso dei poteri pubblici (Stato, regioni o provincie autonome, enti locali) facenti parte della Repubblica» dei quali la norma costituzionale postula un impegno teso a soddisfare «un interesse così imperativo» come quello all'abitazione.

dell'abitazione¹³⁵ da parte di quanti dispongano di risparmi. La caratura sociale della pretesa – con tutti i limiti che ciò comporta in termini di esigibilità e di necessità di ancorarne il conseguimento alla mediazione politica e alla disponibilità di risorse condizionanti la spesa pubblica¹³⁶ – ne richiede però, tornando al terreno di analisi che qui si è scelto di privilegiare, la curvatura in direzione della integrazione del suo titolare nel tessuto della comunità, e del conseguimento da parte di questi di quella condizione di dignità che rappresenta «l'emblema stesso della vocazione universale dei valori del costituzionalismo», valore sul quale è stato fondato «lo stato democratico-sociale europeo», attesa la sua «attitudine a individuare il nucleo essenziale dei diritti della personalità ... intangibile e tendenzialmente preminente nel bilanciamento con altri beni costituzionali»¹³⁷, e come tale a costituire un valido argine alle dinamiche che frustrano il riconoscimento dei diritti sociali¹³⁸.

¹³⁵Sottolinea, a questo proposito, come ad essere tutelata dall'art. 47, c. 2, Cost. non sia la proprietà di immobili in quanto tali ma della casa «solo se e in quanto essa sia destinata all'abitazione del proprietario» D. SORACE, *A proposito di «proprietà dell'abitazione», «diritto d'abitazione» e «proprietà (civiltistica) della casa»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, pp. 1175 ss., spec. 1179. In tema v. M. ALLENA, *Il social housing: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 1, pp. 167 ss..

¹³⁶Per la ricostruzione dell'ampissimo dibattito relativo al condizionamento spiegato dall'esistenza di norme positive sul riconoscimento di garanzie sia sul piano sostanziale (garanzie primarie) che su quello giurisdizionale (garanzie secondarie) – su cui in particolare si veda L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 1998, 2, pp. 3-34, spec. 27-29 – di sia consentito rinviare a C. ACOCELLA, *Snodi dei percorsi di accesso alla tutela dei diritti sociali*, in *federalismi.it*, 2019, 23, anche per la ricostruzione del dibattito relativo agli strumenti di gradualità che razionalizzano la tutela dei diritti sociali, come «il nucleo essenziale dei diritti».

¹³⁷A. APOSTOLI, *La dignità sociale come fondamento delle democrazie costituzionali*, in *Variazioni su Temi di diritto del Lavoro*, 2020, 3, pp. 539 ss.

¹³⁸Su cui cfr. *supra* nota 133. Sulla configurazione del diritto alla casa come diritto sociale si veda per tutte C. cost. 20.12.1989, n. 559, che qualifica la posizione riconosciuta dall'art. 25 della Dichiarazione universale di diritti dell'uomo. Cfr. pure C. cost. 18.5.1989, n. 252. In tema si veda M. ALLENA, *Il social housing: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo, cit.*. La necessità che i poteri pubblici apprestino nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali, e pertanto anzitutto a livello normativo, gli strumenti adeguati per garantire il social housing – pur promosso in sede europea (EU Urban Agenda - Housing Partnership, *Guidance Paper on EU regulation & public support for housing*; Commissione europea, *Housing in cities. Strategies and policies*, consultabile alla pagina web https://ec.europa.eu/info/eu-regional-and-urban-development/topics/cities/priority-themes/housing-cities_en) – confermata dal tenore testuale degli atti ai quali qui ci si riferisce, appare un ulteriore dato utile a inferire la consistenza di diritto sociale della pretesa in parola. Critico riguardo alla qualificazione del diritto all'alloggio in termini di diritto sociale per la cedevolezza che ne scaturirebbe rispetto alle esigenze di pareggio di bilancio, e favorevole piuttosto ad una qualificazione del medesimo in termini di diritto fondamentale, appare F. GASPARI, *Il social housing nel nuovo diritto delle città, cit., passim* e p. 31. Ma sugli argomenti tesi a consentire un riconoscimento come diritto umano della pretesa ad ottenere un'abitazione

Si tratta di una dimensione che, lungi dal qualificare esclusivamente lo spazio fisico (l'abitazione), consente all'individuo – come mette in luce la giurisprudenza che del tema si sia occupata – di accedere ad un contesto di relazioni umane «ricche e significative» che in quanto tali lo rendono «dignitoso»¹³⁹.

I target qui messi a fuoco trascendono la materialità del bene casa¹⁴⁰, e sono pertanto pienamente riconducibili a quegli auspici di superamento della prospettiva di mercificazione che alimenta logiche di consumo tradizionali¹⁴¹. L'essenza della socialità dei diritti di cui si discute, ed in particolare della pretesa a conseguire un alloggio adeguato e accessibile¹⁴² che si inserisca all'interno di un «contesto abitativo e sociale dignitoso»¹⁴³, intercetta compiutamente, una delle possibili – e, ad avviso di chi scrive, auspicabili – traiettorie di sviluppo delle città intelligenti: quella del benessere “collettivo” attraverso cui è possibile misurare il grado di avanzamento degli stessi spazi urbani, e ancora quella della “condivisione” di risorse e attività. Questa prospettiva “comune” in qualche misura travalica persino la logica dei servizi pubblici (*utilities* in senso stretto)¹⁴⁴, pure invocata per descrivere le utilità irrinunciabili alla definizione di una “cittadinanza urbana”¹⁴⁵ nei sensi di cui si è detto, e pur considerando i servizi pubblici uno

sociale si veda ancora M. ALLENA, *op. ult. cit.*

¹³⁹Cons. St., Ad. Pl., n. 7/2014, che rende del tutto evidente il carattere funzionale degli aspetti immobiliari rispetto ai contenuti sociali.

¹⁴⁰Sul superamento della prospettiva materiale cfr. altresì l'Osservazione generale n. 4 del 1991 del CoDESC (Comitato dei diritti economici, sociali e culturali), punto 7. Sul punto si veda l'analisi di F. GASPARI, *Il social housing nel nuovo diritto delle città, cit.*, p. 18.

¹⁴¹Cfr. *supra* par. 3.4.

¹⁴²In questo senso si esprime la *New Urban Agenda, Habitat III* del 2016, *cit.* nel documento *Quito Declaration on Sustainable Cities and Human Settlements for All*, punto 14, lett. a): «adequate and affordable housing». Sul diritto all'abitazione si vedano l'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e l'art. 11 del Patto internazionale dei diritti economici sociali e culturali, approvato dall'Ass. Gen. ONU il 16.12.1966 e ratificato in Italia con l. n. 881 del 25.10.1977.

¹⁴³Così ancora Ad. Pl. n. 7/2014 *cit.*

¹⁴⁴Sulla configurazione delle prestazioni di edilizia popolare in termini di servizio pubblico si veda M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pp. 118 ss., spec. 154. Per J.B. AUBY, *Droit de la ville, cit.*, p. 274, la fornitura di abitazioni sociali, di servizi di mobilità, la sicurezza, e la erogazione di servizi domestici indispensabili (acqua, energia termica ed elettrica) definiscono il diritto alla città in quanto «servizi essenziali» per il cittadino che ivi vive. Per la configurazione nei medesimi termini dell'edilizia assistita cfr. ancora C. cost. n. 217/1988 *cit.*

¹⁴⁵Cfr. le considerazioni svolte *supra* al par. 3.4 e le note 93 e 96.

strumento essenziale di inveroamento dei diritti sociali. Non che l'enfatizzazione della curvatura di “condivisione” che conforma l'erogazione di una serie di prestazioni sociali, tra le quali il *social housing*, come criterio discretivo tra questi servizi e quelli pubblici in senso stretto (*utilities*/servizi a rilevanza economica), valga qui a riproporre la distinzione tra servizi pubblici a fruizione individuale e servizi pubblici a fruizione collettiva, che si muove evidentemente su un piano diverso, quello delle “modalità d'uso”¹⁴⁶. Piuttosto essa valorizza la caratura trasversale del beneficio atteso dall'infrastrutturazione pubblica¹⁴⁷ e dal consumo generalizzato di quelle particolari prestazioni che alimentano la connettività del tessuto sociale in cui gli abitanti della città si muovono, più di quanto intuitivamente possa fare la fruizione di servizi a rilevanza economica. Del resto tra gli effetti indotti dal *social housing* si è parlato – con riferimento ad una delle esperienze pionieristiche nel comparto, come si diceva, ossia quella del territorio milanese¹⁴⁸ – di «*welfare abitativo*», come di un fenomeno che guarda alle relazioni innescatesi tra gli abitanti delle case messe a disposizione dai relativi programmi¹⁴⁹, relazioni in molti casi rafforzate dalla creazione di spazi specificamente

¹⁴⁶In tema cfr. R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1971, I, p. 438, in ordine alla impossibilità di «distinguere la quantità di utilità di cui ciascun cittadino viene a godere» ove si parli di servizi fruiti “*uti universi*?”; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2016, pp. 169 e 171 ss., avendo peraltro rilievo per l'A. i riflessi di tale distinzione sul piano della qualificazione in senso soggettivo piuttosto che oggettivo del servizio, e dunque la possibilità per i servizi diversi da quelli per tradizione naturalmente pubblici (difesa militare, sicurezza, detenzione penitenziaria) di essere erogati da privati; in tema pure G. CAMMAROTA, *Servizi pubblici in rete e applicabilità dei principi classici del servizio pubblico*, in *Informatica e diritto*, XIV, 2005, 1-2, pp. 183-196 che segnala per i servizi “in rete” come la distinzione rilevi nel senso di consentire l'accesso libero ai servizi a fruizione collettiva e quello condizionato alla identificazione telematica dell'utente per i servizi a fruizione individuale.

¹⁴⁷La predisposizione di apparati (e quindi di infrastrutture latamente intese) presupposti alla erogazione di prestazioni pubbliche caratterizza, oltre che il comparto dei servizi pubblici (public utilities e servizi sociali) – a soddisfazione dei diritti sociali – anche la fornitura di servizi burocratici (per la cui configurazione in termini di “servizi pubblici a fruizione individuale” si veda ancora D. SORACE, *loc. ult. cit.*; nonché G. CAMMAROTA, *Servizi pubblici on line e partecipazione migliorativa*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, cit., pp. 114 ss.) e di funzioni pubbliche in senso stretto come chiariscono con evidenza il caso della polizia, della difesa militare, etc...

¹⁴⁸Cfr. *supra* nota 127.

¹⁴⁹Sul punto a titolo esemplificativo l'intervista a Giuseppe Guzzetti, Presidente di Fondazione Cariplo, di C. PERETTI, *Housing sociale e smart city, le sinergie in crescita*, 22.3.2021, in <https://www.01building.it/smart-city/housing-sociale-smart-city/>.

indirizzati all'uso comune, non necessariamente funzionalmente orientati (servizi collettivi, sale comuni, lavanderie), ma dedicati più semplicemente al tempo libero (luoghi di incontro informali, giardini, terrazze, etc.).

Le finalità inclusive che tradizionalmente sottendono le politiche abitative (edilizia residenziale pubblica e *housing* sociale¹⁵⁰) appaiono in questo senso naturalmente vocate ad essere attratte nel perimetro operativo delle politiche urbane *smart*. Queste ultime aggiungerebbero in sostanza ad obiettivi non inediti, strutturali, qualcosa di nuovo sul piano del metodo (contingente forse, nel segno della innovazione tecnologica¹⁵¹), conseguendo risultati che possono perciò considerarsi di “inclusione intelligente”. Quest'ultima veniva nel recente passato definita come «la capacità, nelle forme e nei limiti consentiti dalle conoscenze tecnologiche, di offrire informazioni nonché progettare ed erogare servizi fruibili senza discriminazioni dai soggetti appartenenti a categorie deboli o svantaggiate e funzionali alla partecipazione alle attività delle comunità intelligenti, definite dal piano nazionale» delle comunità intelligenti (PNCI) «secondo i criteri stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro de-

¹⁵⁰Sugli elementi che consentono di distinguere le politiche di edilizia residenziale pubblica da quelle di *housing* sociale si veda la già cit. sentenza del Cons. St., Ad. Pl., n. 7/2014. Essi vanno ricercati nelle disponibilità reddituali come fattore utile alternativamente all'accesso ai programmi di edilizia pubblica (più contenuto), o a quelli di *housing* sociale (più elevati ma ad ogni modo indicativi di una situazione di disagio economico). In sostanza i secondi sarebbero finalizzati ad intercettare le fasce di cittadini «impossibilitati a sostenere un affitto di mercato» a favore dei quali dunque essi funzionano come strumento di «incremento del patrimonio in affitto a prezzi calmierati o controllati». L'*housing* sociale si caratterizza per una pluralità di risposte quali «l'affitto calmierato, l'acquisto di casa mediante l'auto-costruzione e le agevolazioni finanziarie, nonché soluzioni integrate per le diverse tipologie di bisogni». In ordine alla pluralità di schemi sussumibili nella categoria del social *housing* si veda M. ALLENA, *Il social housing: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, cit., p. 170 che annovera tra gli schemi di politiche sociali abitative, l'edilizia convenzionata (che consente la concessione gratuita dell'area su cui realizzare gli interventi o altre agevolazioni di natura finanziaria, fiscale, etc.) e tutta un'altra serie di interventi tesi ad incrementare la disponibilità di abitazioni, basati su un ampio coinvolgimento dei privati ma finanziati in misura significativa dal settore pubblico.

¹⁵¹Si pensi in questo senso all'infrastrutturazione di rete di accesso ad *internet* al servizio degli insediamenti abitativi, che intercettano peraltro la nozione di «infrastrutture di comunicazione elettronica» che ricorre nel codice delle comunicazioni elettroniche (art. 3, c. 2, d. lgs. n. 259/2003), qualificate ai sensi dell'art. 86, c. 3 dello stesso decreto come «opere di urbanizzazione primaria», in quanto tali – secondo E. GIARDINO, *La realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica tra poteri statali e reti locali*, in *Giustamm.it*, 2017, 11, – «funzionali allo svolgimento di pubblici servizi di primaria utilità».

legato all'innovazione tecnologica»¹⁵². Ché poi, ove si condivida la notazione relativa all'inopportunità di «assimilare in senso pieno smartness e digitalization», attesa la centralità che nella prima rivestirebbero «fattori umani, sociali e territoriali»¹⁵³, risulterà ancor più evidente come l'“intelligenza” dell'approccio da mettere in campo nella costruzione di servizi *smart* in spazi urbani *smart* implichi la partecipazione e l'integrazione del destinatario delle stesse attività, o anche un suo *empowerment*, come (si è ricordato¹⁵⁴) si è soliti ripetere a proposito di processi relativamente recenti, che postulano un canale alternativo a quello statale per la costruzione di politiche di welfare e l'offerta di interventi sociali¹⁵⁵. Ed a ben guardare il costrutto teorico dei doveri di solidarietà sociale, già ritenuto idoneo, per la reciprocità degli impegni dei portatori di interesse che lo definiscono (fruitori di utilità, da un lato, collettività dall'altro), a rappresentare la situazione giuridica soggettiva dell'aspirante ad un'abitazione sociale¹⁵⁶, esemplifica

¹⁵²Così l'art. 20, cit., c. 16 del d.l. 18.10.2012, n. 179 conv. in L. 17.12.2012, n. 221, successivamente modificato dall'art. 1, c. 7, lett. b) D. Lgs. n. 10/2016 e infine abrogato dall'art. 64, c. 5, lett. a), D. Lgs. n. 179/2012. L'intervenuta abrogazione non condiziona evidentemente le considerazioni che qui si svolgono in ordine alla portata semantica della locuzione.

¹⁵³E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, cit., p. 247.

¹⁵⁴Cfr. *supra* par. 3.2.

¹⁵⁵Si pensi in questo senso al c.d. Secondo Welfare su cui si veda G. ARENA, *Dopo la crisi, un nuovo welfare, fondato sulla sussidiarietà*, in *Labsus Papers*, 2012, 26; L. BANDERA, *Il progetto Compact. Un laboratorio di secondo welfare nel Regno Unito*, in *Working Paper WP2*, 2013, 2, in <https://www.secondowelfare.it/working-paper/compact-laboratorio-secondo-welfare-regno-unito/>; L. CANALE, *Unione europea, innovazione e secondo welfare*, in *Working Paper WP2*, 2013, 1, in <https://www.secondowelfare.it/working-paper/unione-europea-innovazione-sociale-e-secondo-welfare/>; F. MAINO, M. FERRERA (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi, Torino, 2013; S. ZAMAGNI, *Dal welfare della delega al welfare della partecipazione. Il distretto di cittadinanza come esempio evoluto di sussidiarietà circolare*, 2013, in <https://ordosocialis.de/wp-content/uploads/DAL-WELFARE-DELLA-DELEGA-AL-WELFARE-DELLA-PARTECIPAZIONE.pdf>; ID., *L'evoluzione dell'idea di welfare: verso il welfare civile*, in *ubimino.org*, 2016, 5.

¹⁵⁶Così M. ALLENA, *Il social housing: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, cit., p. 178, nel rinviare al contributo di F. FRACCHIA (*Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. Econ.*, 2004, pp. 41 ss.) sulla opportunità di ricondurre alla categoria dei doveri piuttosto che a quella dei diritti una serie di situazioni soggettive, che postulano, come nel caso del *social housing* per l'autrice, gli impegni reciproci dell'aspirante/fruitori dell'abitazione sociale e della collettività: il primo nel senso della manutenzione corretta dell'immobile, della continuità nel versamento dell'eventuale canone moderato richiesto, e a lasciare tempestivamente l'alloggio nell'eventualità del conseguimento di un livello di reddito tale da causare la perdita del beneficio; e la seconda nel senso della costruzione di abitazioni sociali.

compiutamente l'approccio ricostruttivo che qui si sostiene, fondato come si è detto sulla "responsabilizzazione" del destinatario delle prestazioni *smart* e sulla curvatura sociale ed inclusiva delle utilità, anche di segno tecnologico particolarmente avanzato, che lo spazio urbano "intelligente" produce. Lo stesso approccio consente perciò anche di vincere quella "impressione" di estraneità di «molte delle applicazioni della c.d. città intelligente» alle «*esigenze delle persone più disagiate*»¹⁵⁷, che generalmente investe quanti si trovino ad accostare *smart city* e servizi ad alto tasso di socialità – come appunto il *social housing* – rivolti per definizione ai segmenti più deboli della popolazione. La convergenza tra la provvista di alloggi sociali e uno spazio urbano informato dall'utilizzo qualificante di tecnologie avanzate in vista di un incremento di efficienza nella fornitura di servizi è in sostanza scritta nel "corredo genetico" (identificativo) della *smart city*, e va in questo senso riconosciuta ed espressa, anche reagendo e correggendo scelte regolatorie che non indirizzino lo sviluppo tecnologico verso effetti socialmente desiderabili ed anzi aumentino il tasso di divaricazione sociale.

7. Brevi note conclusive.

La traiettoria che si è provato a percorrere nel corso di questo scritto, partendo dalla constatazione di alcuni fenomeni, in particolare la trasfigurazione del rapporto tra amministrazione e cittadino e i processi di tecnificazione – che, nel loro dipanarsi lungo sentieri e assecondando logiche non sempre chiaramente decifrabili e controllabili, sono potenzialmente idonei, se non opportunamente calibrati, a dilatare le disuguaglianze, contribuendo ad accelerare processi disgregativi del tessuto sociale – ha tentato di immaginare uno scenario diverso.

¹⁵⁷Segnala infatti M. ALLENA, *Smart city e social housing: una convergenza ancora "in pianta", da realizzare in concreto*, cit., come l'accostamento inusuale di termini come *smart city* e *social housing*, nonostante entrambi siano entrati nel linguaggio comune, sia dovuto al fatto che l'estraneità delle applicazioni delle *smart city* alle esigenze reali delle persone più disagiate, superi anche il possibile beneficio atteso per quelle stesse fasce della popolazione da un sistema di servizi reso più efficiente dall'impiego qualificante delle ICTs, oltre alla circostanza che lo sviluppo di tali tecnologie abbia sovente dato luogo a fenomeni di gentrificazione urbana.

Si è cercato, cioè, di tratteggiare un quadro – non sempre nitido – nel quale nondimeno possa affiorare come chiaro, questo sì, un profilo connotativo prevalente, attorno al quale costruire una sorta di “resistenza” alle logiche di sviluppo dei summenzionati fenomeni – maggiormente orientate alla soddisfazione di bisogni colti ed elaborati in una prospettiva individualistica – che, al contrario, si è ancorata alla «*priorità del sociale*» evocata oltre settant’anni fa da Costantino Mortati¹⁵⁸, risemantizzandone contenuti, declinazioni e luoghi di elezione alla luce di un contesto del tutto nuovo.

In questo percorso, le riflessioni che si sono svolte hanno avuto bisogno di una loro più precisa collocazione spaziale, individuata nelle città contemporanee, in qualità di luoghi che meglio di altri mettono a nudo le potenzialità, le forze generative, le soluzioni¹⁵⁹, ma anche le contraddizioni, le sperequazioni, le dilatazioni tra le (non) eguali libertà, che forniscono una connotazione specifica alla convivenza della nostra epoca. Proprio questi scenari dicotomici rischiano peraltro di essere ulteriormente esasperati laddove, come le esperienze testimoniano, i contesti urbani aspirano ad informarsi, quando solo semplicemente a proporsene come espressione, ai paradigmi della *smartness*; da qui la necessità che quest’ultima non sia declinata in via esclusiva lungo traiettorie composte da mere pretese di accesso a una strumentistica *hi-tech*, alimentando la logica consumistica dei beni, ma riscopra, rivitalizzandone le energie e le potenzialità, il piano alto e luminoso della socialità.

In tal senso, da ultimo, si è prestata una particolare attenzione all’*housing sociale*, individuato nei suoi principi ispiratori, nelle sue forme (organizzative e gestionali) e nelle sue finalità, come paradigma ricostruttivo e rinsaldante una *smartness* coniugata non al *singolare* ma al *sociale*, che si alimenti nella *condivisione* e non già nel solo *consumo*, che esalti la dimensione *comunitaria* su quella *infrastrutturale*, che esprima, se si vuole, un *favor* per la *civitas* rispetto all’*urbs*.

¹⁵⁸C. MORTATI, *Introduzione alla Costituzione di Weimar* (1946), ora in ID., *Raccolta di Scritti*, Milano, IV, 1972, p. 333.

¹⁵⁹Si veda, per le buone pratiche innovative, S. D’ANTONIO, P. TESTA, *Le città sono la soluzione. Un viaggio nell’Italia dei comuni innovativi*, Roma, 2021.

BARBARA VERZICCO

Dottoranda presso l'Università degli Studi "Guglielmo Marconi".

b.verzicco@studenti.unimarconi.it

**RIFLESSIONI SULL'AUTOTUTELA DECISORIA E
L'INESAURIBILITÀ DEL POTERE AMMINISTRATIVO
NELL'AMBITO DELLE RIFORME STRUTTURALI
DELL'EMERGENZA PANDEMICA**

**ON DECISORY SELF-PROTECTION AND THE INEXHAUSTIBILITY
OF ADMINISTRATIVE POWER IN THE CONTEXT OF
STRUCTURAL REFORMS OF THE PANDEMIC EMERGENCY**

SINTESI

Tra i numerosi interventi legislativi, a seguito della pandemia da Covid-19, rilevano i decreti-semplificazione che hanno apportato modifiche anche permanenti alla legge sul procedimento amministrativo, l. n. 241/1990, intervenendo nel rapporto pubblica amministrazione-privato, in costante evoluzione. Ripercorrendo gli articoli della legge interessati dalle riforme, viene focalizzata l'attenzione sulla persistente autotutela decisoria riconosciuta alla pubblica amministrazione anche nella situazione emergenziale, prova dell'inesauribilità del potere amministrativo. La necessità di perseguire l'interesse pubblico, anche nella contemporanea crisi della sovranità statale, trova fondamento inevitabilmente sul principio di legalità, che declina più propriamente nella "legalità-giustizia".

ABSTRACT

Along several legislative interventions, following the Covid-19 pandemic, simplification Decrees (*i.e. Decreto Semplificazioni and Semplificazioni bis*) have made even permanent changes to the law on administrative procedure, law no. 241/1990, intervening in the public-private relationship, constantly evolving. Observing the articles of the law concerned by the reforms, attention is focused on the persistent decisory self-protection recognized to the public ad-

ministration even in the emergency, proof of the inexhaustibility of administrative power. The need to achieve the public interest, even in the contemporary crisis of state sovereignty, is inevitably based on the principle of legality, which becomes more properly in “legality-justice”.

PAROLE CHIAVE: inesauribilità del potere amministrativo; autotutela decisoria; principio di legalità; procedimento amministrativo; legalità; giustizia

KEYWORDS: administrative power's inexhaustibility; decisory self-protection; rule of law; administrative procedure; legality; justice

INDICE: 1. Segnali di cambiamento del rapporto tra pubblica amministrazione - privato. – 2. Le interessanti modifiche della l. n. 241/1990. – 3. Il rinvio dell'art. 2 comma 8-*bis* all'autotutela decisoria (art. 21-*nonies*). – 4. Sull'inesauribilità del potere amministrativo e il principio di legalità dell'attività amministrativa. – 5. L'inesauribilità del potere amministrativo e l'autotutela decisoria.

1. Segnali di cambiamento del rapporto tra pubblica amministrazione – privato

L'evoluzione della funzione amministrativa riflette l'evoluzione della concezione dello Stato nelle sue fasi di transizione (stato minimo, stato regolatore, stato interventore) e conseguentemente del rapporto tra Stato e individuo, che ne è contemporaneamente causa ed effetto. L'amministrazione è in rapporto prima col suddito, sistematicamente in posizione di soggezione, poi con la figura del cittadino, in posizione paritaria, che matura nella sua qualifica di utente per poi tramontare e lasciar spazio all'Uomo, testimone della crisi della sovranità statale, in direzione di una posizione, ancora non qualificabile col termine supremazia¹, ma certamente di rilievo nel rapporto con l'amministrazione².

¹A. ROMEO, *Potere pubblico, attività amministrativa e situazioni giuridiche soggettive, rileggendo le opere di Franco Scoca*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 4554, «Data l'esistenza di un'intima relazione tra concetti giuridici e struttura politica e sociale vigente in un dato momento storico, le trasformazioni sopra dette e quelle in atto implicano una revisione degli schemi concettuali che segnano l'approccio all'analisi dell'amministrazione, specie con riferimento a quel carattere di supremazia generale, già ridimensionato a seguito dell'espansione del fenomeno pluralistico e, con esso dell'acquisita consapevolezza, da parte dei gruppi di pressione, in via riflessa, del cittadino, di un proprio potere “contrattuale”».

²A. RIVIEZZO, *Pubblica funzione, pubblico servizio, servizio universale: da suddito a utente, passando per cittadino (a margine di un volume di Renato Conti)*, in *Nomos*, 1/2020.

La globalizzazione³, l'evoluzione dell'intelligenza artificiale⁴ e ultimo, ma ancora più incisivo nella trasformazione in corso, l'avvento della pandemia da Covid⁵ hanno necessariamente coinvolto sotto molteplici aspetti i diversi profili giuridici del rapporto tra la pubblica amministrazione ed il privato (cittadino-uomo).

Delimitando il campo di indagine, le considerazioni che seguono sono circoscritte alle modifiche intervenute sulla l. n. 241/1990, al fine di riflettere sulle rilevanti novità che il legislatore ha inteso introdurre nell'ordinamento italiano con i recenti numerosi interventi normativi nell'ambito di politiche di semplificazione e rilancio. In effetti, oltre alle modifiche emergenziali volte fronteggiare le necessità contingenti legate strettamente alla pandemia da Covid, sono state introdotte delle modifiche strutturali, destinate a permanere nel tempo, con i decreti semplificazioni e semplificazioni bis (d.l. n. 76/2020⁶ e d.l. n. 77/2021⁷).

In particolare, con tali disposizioni normative il legislatore è intervenuto anche al fine di conseguire “una semplificazione procedimentale, sottraendo o

³Per capire la portata del fenomeno si può far riferimento a V. MASTROIACOVO, *Le sovranità nell'era della post globalizzazione*, Pisa, Pacini Editore, 2019, R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo: le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, Laterza 2011, H.C. CASAVOLA, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2012, J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona*, Torino, Einaudi, 2006. Per una rilettura della globalizzazione alla luce della pandemia COVID-19 F. GASPARI, *Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi socioeconomica e politica dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 16/2020.

⁴Sul tema: E. BUOSO, *La pubblica amministrazione in Germania nell'era dell'intelligenza artificiale: procedimenti completamente automatizzati e decisioni amministrative robotiche*, in *P.A. Persona e pubblica amministrazione*, 1/2021, p. 495, C. BENETAZZO, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, 16/2020, D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0?*, in *federalismi.it*, 3/2019, F. GASPARI, *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Diritto dell'economia*, 98/2019, L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 21/2018.

⁵M. CARDONE, *La trasformazione digitale delle pubbliche amministrazioni: l'utilizzo dei dati per accelerare il processo di gestione delle risorse europee*, in B.G. MATTARELLA, L. FIORENTINO, M. CARDONE (a cura di), *La gestione del Recovery Plan*, Quaderni della Rivista Amministrazione in cammino, Roma, 2021.

⁶D.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, c.d. “Decreto semplificazioni”, oggetto di modifiche da parte del d.l. 77/2021.

⁷D.l. 31 maggio 2021, n. 77, (*Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure) conv. con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, c.d. d.l. “Semplificazioni bis”.

modificando fasi e oneri della sequenza decisionale”⁸ incidendo, direttamente o indirettamente, sul complesso rapporto pubblica amministrazione-cittadino.

Di seguito sono riportate le modifiche, considerate maggiormente rilevanti ai fini delle presenti riflessioni, intervenute sulla l. n. 241/1990.

2. Le interessanti modifiche della l. n. 241/1990

Nel quadro delle modifiche apportate dai decreti semplificazioni e semplificazioni bis di particolare rilievo è il comma 8-*bis* inserito nell’articolo 2⁹ della l. n. 241/1990, introdotto dal d.l. n. 76/2020, che sancisce l’inefficacia del provvedimento emanato oltre i termini procedurali in tutti i casi in cui operi il regime del silenzio assenso, nonché nelle ipotesi di s.c.i.a., fermo restando quanto previsto dall’articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni. Tale disposizione è destinata a incidere profondamente sulla disciplina del silenzio significativo, con particolare riferimento al tema del c.d. provvedimento tardivo.

La riforma indica espressamente la conseguenza del decorso del termine procedimentale. Mentre, in precedenza, la legge chiariva gli effetti dell’inerzia dell’amministrazione solo *ex parte civis*, riconoscendo a quest’ultimo la titolarità di una posizione giuridica soggettiva analoga a quella che avrebbe avuto se fosse stato rilasciato il provvedimento a carattere positivo, con la disposizione indicata viene fatta chiarezza anche *ex parte pubblica*, indicando espressamente gli effetti del decorso del termine sull’esercizio della funzione da parte dell’ammi-

⁸M. MACCHIA, *L’inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge “Semplificazioni”*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 3/2020, p. 175.

⁹Art. 2 comma 8-*bis* l. n. 241/1990: «Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-*bis*, comma 2, lettera c), 17-*bis*, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all’ultima riunione di cui all’articolo 14-*ter*, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell’attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all’articolo 19, comma 3 e 6-*bis*, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall’articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni».

nistrazione¹⁰. Indice di un rapporto sempre più paritario tra cittadino e pubblica amministrazione.

Viene poi introdotto il comma 2-*bis* all'art. 20 l. n. 241/1990¹¹ che prevede a richiesta di parte, uno specifico adempimento a carico della pubblica amministrazione proceduralmente inadempiente: il rilascio (per via telematica ed entro il termine di dieci giorni dalla richiesta del privato) dell'attestazione dell'intervenuta maturazione del silenzio assenso, sostituibile, in caso di decorrenza del termine assegnato, da una dichiarazione sostitutiva della parte richiedente *ex* articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. E' evidente la finalità probatoria della disposizione a favore del soggetto interessato imponendo, alla pubblica amministrazione inadempiente, di attestare il decorso del termine per l'adozione del provvedimento richiesto, la maturazione del silenzio assenso nonché il conseguente accoglimento della domanda del privato.

Il legislatore, in un'ottica di maggiore semplificazione dei rapporti tra amministrazione e amministrato, interviene ancora una volta ammettendo l'autocertificabilità del silenzio assenso in caso di persistente inerzia della pubblica amministrazione.

La tendenza, a partire dagli anni '90, alla parificazione dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione, introducendo momenti di partecipazione e di confronto per la realizzazione del principio del buon andamento in termini di efficacia, efficienza e di economicità, si riscontra anche nell'istituto del pre-

¹⁰M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*. (note a margine di *Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034* e *T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis*, in *giustiziasieme.it*, 26 novembre 2020).

¹¹Art. 20 comma 2-*bis* della l. n. 241/1990: «Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445».

avviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis* l. n. 241/1990 (di recente modificato dal d.l. n. 76/2020 convertito con legge n. 120/2020)¹².

La norma dettata all'art. 10-*bis* è finalizzata ad introdurre un meccanismo deflattivo del processo, prevedendo la possibilità di incrementare i diritti difensivi del privato – parte debole del rapporto – tramite la partecipazione al procedimento amministrativo al fine di evitare che il privato ingiustamente destinatario di un provvedimento negativo agisca in giudizio.

La disposizione è rafforzata dalle conseguenze normative della violazione del preavviso di rigetto *ex art. 10-bis*: la violazione in effetti si sostanzia in una violazione di legge di cui al comma 1 dell'art. 21-*octies*¹³. L'omissione del preavviso di rigetto produce una violazione del diritto di difesa pieno del privato che non può essere sanato in sede processuale per la prima volta, proprio perché privato della “doppia garanzia” che l'ordinamento gli riconosce (in fase endo-procedimentale e processuale)¹⁴.

Al riguardo è intervenuta la novella del 2020¹⁵ che ha espressamente escluso la possibilità di applicare all'art. 10-*bis* la seconda parte dell'art. 21-*octies*, comma 2. L'omissione del preavviso di rigetto darebbe luogo ad una duplice

¹²M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. n.76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in *giustamm.it*, 11/2020.

¹³In particolare, del principio di partecipazione di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990, art. 97 Cost e art. 41 della Carta di Nizza.

¹⁴M. CERRETO, *op. cit.*, p. 20: «l'unico caso in cui tale principio di partecipazione può venire meno, non può che essere quello esclusivo in cui sia “palese” al giudice, allo stato degli atti, che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso, senza nessuna possibilità per la pubblica amministrazione di interloquire. In questo caso, infatti, non solo il privato non subisce alcuna violazione dei diritti partecipativi e di difesa, attesa l'evidenza di un provvedimento negativo nei suoi confronti; ma dall'altro lato vengono tutelati anche i principi di efficienza, di economicità, di semplificazione, senza rinviare nuovamente un procedimento alla p.a. viziato solo da un punto di vista meramente formale».

¹⁵Art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990: «Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis*» L'ultima parte è stata modificata dall'art. 12 comma 1 lett. j del d.l. n. 76/2020.

violazione: da un lato, una violazione del “miglior” diritto di difesa che l'ordinamento ha riconosciuto al privato, prima in fase procedimentale e poi in fase processuale; dall'altro lato, si assegnerebbe al giudice un giudizio sul merito, al di fuori dei casi espressamente previsti dall'art. 34 c.p.a.

Il legislatore è poi intervenuto¹⁶ sui commi 9-*bis* e 9-*ter*, dell'articolo 2 (Conclusione del procedimento), della l. n. 241/1990: modificando il primo e riscrivendo completamente il secondo.

Il comma 9-*bis* già prevedeva che ad essere investita del potere sostitutivo fosse una figura apicale all'interno dell'amministrazione, con la modifica intervenuta può essere investita di tale potere anche un'unità organizzativa¹⁷. Aggiungendo tale disposizione qualora si verificasse un ritardo provvedimentale della pubblica amministrazione, l'interessato leso potrebbe attivarsi per la sostituzione rivolgendosi alla struttura individuata: viene così potenziata l'efficienza e l'efficacia dell'istituto previsto.

¹⁶L'articolo 61, comma 1 lett. a) e b) del d.l. 77/2021 ha modificato rispettivamente i commi 9-*bis* e 9-*ter* dell'art. 2 della l. n. 241/1990: «9-*bis*. L'organo di governo individua un soggetto nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione o una unità organizzativa cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Nell'ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione. Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto o dell'unità organizzativa a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma 9-*ter*. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria»; «9-*ter*. Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il responsabile o l'unità organizzativa di cui al comma 9-*bis*, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo e, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, conclude il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario».

¹⁷Art. 2 comma 9-*bis*, l. n. 241/1990: «L'organo di governo individua un soggetto nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione o una unità organizzativa cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia [...]».

La novella contenuta nel comma 9-*ter* stabilisce, invece, che l'attivazione del potere sostitutivo possa avvenire non più solo su richiesta e iniziativa del privato ma anche d'ufficio¹⁸.

Le disposizioni prevedono una forma di tutela giustiziale¹⁹ alternativa e non sostitutiva di quella giudiziale.

In verità, sono state sollevate alcune perplessità giurisprudenziali afferenti a una presunta necessità di esperire la tutela giustiziale quale requisito di procedibilità dell'azione giudiziale.

Perplessità superate per effetto di una analisi letterale e sistematica dei commi in esame.

Dal punto di vista letterale, sembra permanere la possibilità e non l'obbligo per il privato di richiedere l'esercizio del potere sostitutivo, ricorrendo al responsabile; la formulazione utilizzata dal legislatore, espressione di una mera facoltà e non anche di un obbligo, ha una conseguenza importante: solo all'obbligo è riconducibile l'accezione di requisito di procedibilità. Dal punto di vista sistematico, invece, i commi 9-*bis* e 9-*ter* sono successivi al comma 8 che prevede la tutela giudiziale in materia di silenzio.

Viene poi modificato l'articolo 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241/1990²⁰: la novella in commento riduce da diciotto a dodici mesi il termine previsto per l'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo in ordine ai provvedimenti amministrativi di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

L'annullamento d'ufficio rappresenta l'espressione più intensa del potere di autotutela che l'ordinamento giuridico riconosce in capo alla pubblica amministrazione: al verificarsi dei presupposti di legge che legittimano l'esercizio di tale potere, la pubblica amministrazione che ha adottato un provvedimento af-

¹⁸Art. 2 comma 9-*ter* l. n. 241/1990: «Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il responsabile o l'unità organizzativa di cui al comma 9-*bis*, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo».

¹⁹F. GIUNTA, *Il tempo dell'azione amministrativa: fondamento e strumenti di tutela*, in *salvisjuri-bus.it*, 16 marzo 2018.

²⁰Articolo 63, d.l. n. 77/2021.

fetto da un vizio di legittimità può procedere al relativo annullamento d'ufficio determinandone l'espunzione dall'ordinamento, al pari di una pronuncia di annullamento del giudice amministrativo. La pubblica amministrazione è posta nella condizione di eliminare unilateralmente un proprio provvedimento efficace (ancorché illegittimo) incidendo sulla sfera giuridica di terzi.

La riduzione del termine è volta ad incidere sulla stabilità dei rapporti tra amministrazione e amministrati.

È evidente nei suddetti riferimenti normativi come il legislatore abbia inteso intervenire nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, tutelando maggiormente il privato nell'esercizio dei propri diritti o interessi. Tuttavia, è ancorché evidente come la funzione amministrativa sia a tutt'oggi espressione di potere autoritativo della pubblica amministrazione. Nel proseguo si intende ragionare proprio sulla conciliazione tra la tutela dell'interesse privato e l'inesauribilità dell'esercizio del potere amministrativo nel quadro di un generale bilanciamento degli interessi pubblici e di quelli privati.

3. Il rinvio dell'art. 2 comma 8-bis all'autotutela decisoria (art. 21-nonies)

Una particolare riflessione merita l'autotutela decisoria prevista all'art. 21-nonies della l. n. 241/1990.

L'art. 2 comma 8-bis²¹, introdotto di recente, rinvia all'autotutela decisoria di cui all'art. 21-nonies. In effetti è riconosciuta, ai sensi dell'art. 21-nonies, alla pubblica amministrazione la possibilità di adottare provvedimenti “di secondo grado” attraverso la c.d. “autotutela decisoria”; in altri termini la pubblica amministrazione ha il potere di modificare, annullare o revocare un proprio provvedimento, già adottato, attraverso un riesame complessivo dei propri atti in sede di un “procedimento di secondo grado”²² «entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi»²³: la pubblica amministrazione è titolare di un

²¹L'ultima parte dell'art. 2 comma 8-bis, l. n. 241/1990 dispone: «...fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni».

²²L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies*, in *giustamm*, 5/2016.

²³L'art. 63 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 ha ulteriormente ridotto il termine entro il quale una PA può esercitare l'autotutela, passando da diciotto mesi (cd. “Legge Madia”) a dodici.

potere in grado di modificare unilateralmente l'assetto delle relazioni giuridiche tra le parti.

Se l'amministrazione lascia decorrere il termine utile a provvedere, non esercitando la sua funzione, l'eventuale provvedimento di diniego tardivo emanato dopo la formazione del silenzio assenso deve essere ritenuto inefficace (comma 8-*bis* dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990) fermo restando la possibilità di esercitare l'autotutela decisoria. Così il comma 8-*bis* dell'art. 2 nello specifico, conclude con il rinvio a tale disposizione, stabilendo che “resta fermo” il possibile esercizio del potere di annullamento d'ufficio, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni.

Certamente si tratta di una autotutela atipica perché l'oggetto del riesame nella fattispecie è la valutazione della legittimità della produzione di un effetto provvedimentale derivante da un comportamento omissivo: il silenzio della pubblica amministrazione.

A ben vedere la locuzione “resta fermo” del comma 8-*bis* dell'art. 2 si presta a differenti interpretazioni innanzitutto sull'oggetto del potere di annullamento: può essere annullato il provvedimento tardivo o gli effetti del silenzio assenso laddove si siano prodotti legittimamente.

In quest'ultimo caso la disposizione non risulterebbe innovativa in quanto l'art. 20 comma 3 della l. n. 241/1990 già prevede espressamente l'annullabilità d'ufficio degli effetti provvedimentali silenziosi formati.

Secondo questa interpretazione il legislatore avrebbe ritenuto opportuno sottolineare – quasi in chiave di bilanciamento degli interessi pubblici e privati in gioco – che l'istituto del silenzio assenso non rende il privato-cittadino immune dall'eventuale legittimo esercizio di un potere di riesame²⁴.

Il riferimento invece potrebbe essere agli eventuali provvedimenti tardivi qualificati ai sensi dell'art. 2, comma 8-*bis* come inefficaci. Si confermerebbe

²⁴M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della L. n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso, primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in *AmbienteDiritto.it*, 1/2021.

così la possibilità da parte della pubblica amministrazione di intervenire sui provvedimenti negativi tardivi.

Nell'introdurre l'espressa inefficacia del provvedimento tardivo, a favore del cittadino e della stabilità della sua posizione giuridica acquisita tramite il decorso del termine procedimentale, il legislatore intende aumentare il grado di certezza delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel procedimento.

Già prima dell'introduzione del comma 8-*bis* nell'art. 2, al fine di ottemperare all'esigenza di limitare nel tempo la condizione di incertezza del privato si riteneva che il decorso del termine implicasse per la pubblica amministrazione la decadenza del potere di provvedere²⁵. La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria affermavano l'illegittimità del provvedimento di diniego tardivo²⁶, sia in ragione della avvenuta consumazione del potere di amministrazione attiva²⁷, sia perché, in caso contrario, emergerebbe un evidente contrasto con il principio di buona fede ed il legittimo affidamento formatosi sull'assetto di interessi venutosi a creare a seguito della decorrenza del termine procedimentale²⁸.

Ma in alcuni casi è stato ritenuto legittimo anche un provvedimento negativo tardivo, oltre ogni "termine ragionevole" già previsto dall'originaria versione dell'art. 21-nonies della l. n. 241 del 1990, dotato dei caratteri sufficienti ad essere qualificato nella sostanza come atto di autotutela, contenente una motivazione particolarmente rafforzata, circa la persistente concretezza e attualità dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto di primo grado. Il decorso di

²⁵A. SCOGNAMIGLIO, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2017, p. 481.

²⁶In tal senso T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 1° aprile 2019, n. 1798, in *giustizia-amministrativa.it*, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 16 dicembre 2009, n. 8834.

²⁷V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 136; ma, in tal senso, già A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e soc.*, 1982, p. 771. In giurisprudenza: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 maggio 2010, n. 2266, Cons. Stato, Sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3626.

²⁸L. 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, p. 422.

un considerevole lasso di tempo non incide in radice sul potere di annullare in autotutela il provvedimento «ma onera l'amministrazione del compito di valutare motivatamente se l'annullamento risponda ancora a un effettivo e prevalente interesse pubblico di carattere concreto e attuale»²⁹.

Occorre inoltre tener presente che il Consiglio di Stato³⁰ indicava nel 2018 la possibilità del superamento del termine rigido (all'epoca di diciotto mesi) per annullare un provvedimento illegittimo, presentando un'interpretazione logica dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, sia nel caso di falsa attestazione dei presupposti (frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante), sia nel caso di dolo o colpa grave in grado di provocare il mancato il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa, invocando in tal caso il canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco.

Per completezza occorre indicare una differente tesi ermeneutica della disposizione in oggetto, secondo la quale la pubblica amministrazione può esercitare il potere di riesame inteso come potere di annullare il provvedimento tardivo negativo al fine di eliminare l'esistenza dell'atto. Tuttavia, tale tesi non è condivisibile in quanto tra i presupposti per emanare un provvedimento di an-

²⁹Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8 del 17 ottobre 2017. In tale pronuncia resa proprio in materia di autotutela in ambito edilizio (con riferimento ad una fattispecie antecedente l'entrata in vigore del vigente art. 21-*nonies*), l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato da un lato ha affermato il principio secondo cui la locuzione "tempo ragionevole" preso in considerazione dal citato art. 21-*nonies* è da intendere in termini non parametrica ma relazionale, ossia in riferimento al complesso delle circostanze rilevanti nella singola situazione di fatto e dunque il decorso di un considerevole lasso di tempo dal rilascio del titolo edilizio, laddove comporti la violazione del criterio di ragionevolezza del termine (prefissato o meno dal legislatore nella sua misura), non esaurisce il potere di annullare in autotutela il titolo medesimo, ma piuttosto «onera l'amministrazione del compito di valutare motivatamente se l'annullamento risponda ancora a un effettivo e prevalente interesse pubblico di carattere concreto e attuale» (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8 del 17 ottobre 2017; nello stesso senso Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3462/2017), dall'altro, ha chiarito come non sia possibile «postulare in via generale e indifferenziata» un interesse pubblico *in re ipsa* alla rimozione dei titoli edilizi illegittimamente rilasciati. Di conseguenza, «grava in via di principio sull'Amministrazione [...] l'onere di motivare puntualmente in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, tenendo altresì conto dell'interesse del destinatario al mantenimento dei relativi effetti».

³⁰Cons. St., sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940.

nullamento d'ufficio vi è l'illegittimità dell'atto oggetto di riesame: ma i provvedimenti tardivi sono inefficaci, non illegittimi³¹.

Occorre infine, aggiungere che il rinvio dell'art. 2 comma 8-*bis* potrebbe essere inteso come rinvio al comma 2 dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, che fa espressamente «salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole». Di recente il Consiglio di Stato³² si è pronunciato proprio sul comma 2 dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 confermando che «la possibilità per l'Amministrazione di concludere il riesame del proprio operato con una decisione di carattere conservativo trova fondamento nel principio generale di economicità e conservazione dei valori giuridici e nella garanzia del buon andamento dell'agire amministrativo.

A seconda della specie di vizio da emendarsi, è stata nel corso del tempo elaborata una articolata tassonomia di atti ad esito confermativo, dei quali fanno parte: la conferma, la ratifica, la convalida, la rettifica, la conversione e la sanatoria.

Sul piano della ricostruzione sistematica, l'insieme di tali istituti è stato ricompreso nella categoria dell'autotutela, ovvero della potestà generale dell'amministrazione di prevenire o risolvere le controversie sulla legittimità dei propri atti, inquadrandoli fra i procedimenti di secondo grado.»

Ancora una volta il Consiglio di Stato sottolinea la possibilità che le pubbliche amministrazioni esercitino il potere di autotutela decisoria in ragione della preminenza delle ragioni di interesse pubblico. «La proposizione tratteggia la convalida come un istituto di carattere generale, volto a rendere l'atto stabile a tutti gli effetti per i quali è preordinato, ogni qualvolta il pubblico interesse ne richieda il consolidamento».

³¹M. CALABRÒ, *op. cit.*, p. 19, i provvedimenti tardivi: «sono qualificati dal medesimo art. 2, co. 8-*bis* come inefficaci, quindi non certo illegittimi, atteso che, come noto, gli atti illegittimi sono efficaci finché, per l'appunto, non vengono annullati».

³²Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385.

È interessante infine rilevare come il Consiglio di Stato sottolinei «la collocazione della norma nel medesimo articolo dedicato all'annullamento d'ufficio, conferma la comune ambientazione dei due istituti nell'ambito dell'autotutela. Tale correlazione appare altresì espressiva di un principio di preferenza per la scelta amministrativa volta alla correzione e alla conservazione – ove possibile – di quanto precedentemente disposto, rispetto all'opzione eliminativa».

4. Sull'inesauribilità del potere amministrativo e il principio di legalità dell'attività amministrativa

Se fino a un recente passato imperava indiscusso il dogma dell'inesauribilità del potere di provvedere, giustificato dalla rilevanza degli interessi pubblici che l'azione amministrativa mira a curare, corollario dell'art. 97 Cost. come possibilità, accordata all'amministrazione, di plasmare l'assetto degli interessi collettivi senza limiti temporali, per consentirne l'adeguamento alle esigenze della comunità, oggi l'inesauribilità del potere amministrativo è posta fortemente in discussione dall'evoluzione del rapporto privato-pubblica amministrazione. La posizione paritaria e la maggiore tutela normativa garantita al cittadino, volta a sollevarlo da una posizione di subordinazione esistente *ab origine*, impongono di riflettere sulla validità della teoria dell'inesauribilità del potere della pubblica amministrazione.

L'amministrazione è libera di esercitare il potere in ogni tempo e di riesercitarlo per sostituire le proprie precedenti determinazioni, anche nel caso in cui queste siano state annullate?

L'inesauribilità del potere si fonda sulla presunta necessità di attribuzione dello stesso alla pubblica amministrazione, connaturata alla logica stessa di amministrare per fini pubblici³³ ed il suo esercizio trova il fondamento nel principio della legalità.

L'esercizio dell'attività amministrativa è manifestazione della funzione pubblica, necessariamente contenuta entro il limite positivo della attribuzione

³³M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 166.

normativa di potere, indispensabile alla cura concreta degli interessi pubblici ad essa affidati.

Il principio della legalità, desunto dall'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali, principio generale dell'ordinamento italiano è alla base dei rapporti tra legge e attività amministrativa: il potere esercitato dalla pubblica amministrazione nello svolgimento della propria attività deve essere attribuito per legge ed essere esercitato secondo prescrizioni di legge.

Come sancito dall'art. 1, l. n. 241/1990 l'«attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge secondo le modalità fissate dalla stessa legge, nonché in base ai principi individuati dall'ordinamento comunitario».

L'interesse pubblico da perseguire non è scelto liberamente dalle pubbliche amministrazioni, ma è normativamente definito, predeterminato dalla legge, previa comparazione ponderata dei molteplici interessi pubblici primari e secondari che insistono nell'ordinamento statale. È il legislatore che a priori sceglie e classifica gli interessi pubblici: la funzione amministrativa è esercitata in applicazione delle sue scelte, secondo regole e parametri ben definiti, sia nell'espletamento di attività vincolata che discrezionale.

Al riguardo Massimo Severo Giannini sosteneva che «la scelta dell'autorità amministrativa spazia in un ambito circoscritto da norme quando l'amministrazione, agisce, deve curare l'interesse pubblico proprio della sua attribuzione o della sua competenza (...). Un interesse pubblico non esiste mai solitario, ma sta insieme ad altri interessi, pubblici, collettivi e privati. Chiamiamo primario l'interesse pubblico che un'autorità ha in attribuzione o in competenza, secondari, per quell'autorità, gli altri interessi». «Si può (...) precisare – conclude l'Autore – che se la scelta è il risultato della discrezionalità, questa costa di una ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario»³⁴. E proprio nell'esercizio della discrezionalità amministrativa è evidente l'attività comparativa che l'amministrazione è chiamata a compiere tra gli

³⁴M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, II, pp. 47 ss.

interessi secondari e l'interesse primario di cui istituzionalmente è portatrice: compito dell'amministrazione è quindi quello di perseguire l'interesse pubblico primario arrecando il minor sacrificio possibile agli altri interessi compresenti secondo il principio di proporzionalità.

Il procedimento amministrativo è allora “processo decisionale formalizzato” attraverso il quale le pubbliche amministrazioni esercitano i poteri che ad esse sono attribuiti dalla legge e il provvedimento amministrativo ne è espressione di potestà, attribuita dalla legge ed esercitata secondo la legge, per la cura dell'interesse pubblico³⁵.

Il procedimento amministrativo, in quanto processo decisionale formalizzato deve garantire la tracciabilità della decisione assunta dall'amministrazione al fine di verificare, sulla base di dati e di parametri oggettivi, la legittimità del provvedimento adottato dalla stessa pubblica amministrazione e la sua conformità alla normativa di riferimento.

Secondo quanto esposto sembra possibile sostenere che l'inesauribilità è carattere necessario del potere amministrativo, connaturato alla logica stessa dell'amministrare per fini pubblici (posto che l'amministrazione deve essere in condizione di curare l'interesse pubblico; posto che la cura dell'interesse deve essere assicurata dal principio della legalità eliminando possibili errori dell'amministrazione). E' inevitabilmente necessario che il potere non si esaurisca con il suo esercizio oppure con l'infruttuoso decorso del termine.

La funzione, come potere amministrativo largamente inteso, non si esaurisce con l'esercizio del potere nella singola fattispecie ma assolve alla «necessità che la P.A. agisca, svolga i suoi compiti, curi [...] gli interessi pubblici in posizione di supremazia e in modo tempestivo, efficace, continuativo, non intralciato più che tanto dalla resistenza di interessi individuali o dal sindacato giuri-

³⁵F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019.

sdizionale»³⁶. Una necessaria presenza dello Stato nella cura degli interessi pubblici che giustifica la presenza effettiva dello Stato stesso³⁷.

Così, fondamentale al riguardo è la distinzione tra funzione attribuita alla pubblica amministrazione ed esercizio del potere nell'espletamento della funzione: l'«esercizio del potere determina il suo esaurimento»³⁸, l'esercizio della funzione no. La funzione permane oltre il singolo esercizio del potere, permane al di là del singolo episodio di amministrazione. La funzione è nella natura stessa della pubblica amministrazione. La titolarità, in capo all'amministrazione, della funzione è l'origine dei nuovi poteri che continuamente si generano e si rinnovano nell'avvicinarsi delle situazioni giuridiche.

Nello specifico la norma che disciplina la funzione «ricollega il sorgere del potere al verificarsi di determinati presupposti (come l'istanza di parte, o anche il semplice accertamento della necessità di provvedere³⁹ in merito al relativo interesse), determinando il continuo succedersi, in capo all'amministrazione di poteri di uguale contenuto»⁴⁰.

«Lo svolgimento della funzione può richiedere così di intervenire nuovamente nello stesso rapporto giuridico l'amministrazione può revocare il prov-

³⁶A. ORSI BATTAGLINI, «L'astratta e infeconda idea», - *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII, 1988, p. 602.

³⁷M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 166.

³⁸B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, *Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè 2003, p. 785, al riguardo anche M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 14 ss.

³⁹Di rilievo è la sentenza Cons. St., A.P., 25 maggio 2021, n. 8, l'Adunanza plenaria si pronuncia sugli effetti della nomina del Commissario ad acta, in relazione alla permanenza del potere di provvedere in capo all'Amministrazione: «L'Adunanza Plenaria ritiene che l'amministrazione, che è risultata soccombente in sede giurisdizionale, non perda il proprio potere di provvedere, pur in presenza della nomina e dell'insediamento di un commissario ad acta al quale è conferito il potere di provvedere per il caso di sua inerzia nell'ottemperanza al giudicato (ovvero nell'adempimento di quanto nascente da sentenza provvisoriamente esecutiva ovvero da ordinanza cautelare), e fino a quando lo stesso non abbia provveduto. Fino a tale momento, si verifica, dunque, una situazione di esercizio concorrente del potere da parte dell'amministrazione, che ne è titolare ex lege, e da parte del commissario, che, per ordine del giudice, deve provvedere in sua vece.». Sulla necessità di provvedere si veda anche G. BALLO, *Gli effetti della nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio: permane o si consuma il potere di provvedere dell'Amministrazione silente*, in *giustamm.it*, 12/2020.

⁴⁰B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, p. 785.

vedimento già emanato, così come può emanare un nuovo provvedimento in seguito all'annullamento di quello precedente»⁴¹.

Alla luce delle considerazioni sin qui presentate si può ritenere che l'amministrazione è libera di esercitare il potere in ogni tempo e di riesercitarlo per sostituire le proprie precedenti determinazioni⁴².

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 21-nonies, l. n. 241/1990, il Consiglio di Stato affermava che «il potere di revisione delle precedenti determinazioni amministrative costituisce un principio generale legato alla tensione fisiologica ed inesauribile dell'azione amministrativa verso l'interesse pubblico»⁴³ e ancora oggi rileva che la revoca è configurata dalla legge «secondo presupposti di particolare latitudine, in coerenza con il principio di inesauribilità del potere amministrativo»⁴⁴.

La preminenza dell'atto successivo su quello anteriore è l'unica soluzione coerente con la sopravvivenza della funzione al suo esercizio: è una soluzione imposta dalla natura della funzione amministrativa che è inesauribile. Infatti, se il secondo atto non potesse produrre effetti di annullamento, revoca, modifica, convalida o conferma del primo atto, significherebbe che possiede una efficacia inferiore e dunque che la funzione si è affievolita o addirittura consumata al momento del suo primo esercizio⁴⁵.

In tale contesto l'attività esercitata dalla pubblica amministrazione viene a caratterizzarsi sempre meno come potere e sempre più come funzione⁴⁶.

⁴¹B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, p. 785.

⁴²Per completezza dell'esposizione occorre tener presente che la teoria dell'inesauribilità del potere fondata sulla presunta necessità è oggetto critiche, al riguardo si veda M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 166.

⁴³Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2003, n. 2865.

⁴⁴Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2016, n. 2719.

⁴⁵M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁶A. ROMEO, *Potere pubblico, attività amministrativa e situazioni giuridiche soggettive, rileggendo le opere di Franco Scoca*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 4554.

È, in ogni caso, rilevante la necessità teorica di distinguere tra norme attributive del potere e norme intese a disciplinarne l'esercizio e dunque di scorgere l'elemento distintivo della funzione nello sviluppo procedimentale⁴⁷.

L'attività amministrativa non è avulsa dalla realtà ma esercitata nel contesto sociale, contestualizzata in un preciso e definito ambito spazio-temporale, che oggi è in continua trasformazione. L'agire amministrativo si trova così ad affrontare «una realtà problematica, diversificata e multiforme, in un contesto organizzativo policentrico e complesso, segnato dallo sviluppo di dinamiche contrastanti»⁴⁸ e sovrastanti, non può pertanto essere “ingessato” esso stesso ma, legittimato nel suo esercizio, deve poter essere inteso come inesauribile, perché solo l'inesauribilità può conferire la capacità di “amministrare” situazioni in continua evoluzione e perseguire legittimamente interessi pubblici.

L'autotutela decisoria dell'art. 21-nonies, espressione dell'agire amministrativo, consente alla pubblica amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni conferendo flessibilità all'atto amministrativo, al fine di adattarlo alle mutevoli esigenze dell'interesse pubblico, esercitata nel pieno rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa.

Occorre ancora sottolineare come la visione dinamica del procedimento amministrativo, intesa quale concatenazione dinamica di atti e operazioni, funzionali alla formazione progressiva del provvedimento amministrativo, riepilogo di quanto prima avvenuto nel corso del procedimento amministrativo, porta a considerare il valore e gli effetti della l. n. 241/1990 in un'ulteriore prospettiva quella della tutela giurisdizionale: «il dispiegarsi del procedimento si rivela strettamente funzionale alla completezza e alla profondità della cognizione giurisdizionale. Ciò porta all'affermazione di un nuovo tipo di legalità, non di una “legalità-legittimità”, bensì di una “legalità-giustizia”, intesa a dare vita ad un nuovo e giusto assetto di tutti gli interessi coinvolti mediante il loro confronto»⁴⁹.

⁴⁷A. ROMEO, *op. cit.*, p. 4557.

⁴⁸A. ROMEO, *op. cit.*, p. 4557.

⁴⁹M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo come modello teorico di produzione giuridica tipica di diritto amministrativo (rileggendo la teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedi-*

Spostando così il baricentro dell'azione amministrativa dall'atto finale all'istruttoria procedimentale si intende rendere più sostanziale il controllo giurisdizionale sul corretto esercizio del potere amministrativo. La disciplina della legittimità del provvedimento privilegia «la correttezza nell'esercizio del potere ed, entro certi limiti, la idoneità del comportamento amministrativo alla cura dell'interesse pubblico rispetto alle carenze strutturali (vizi di volontà, vizi della esternazione)»⁵⁰.

Nel segno dell'assicurazione di una tutela giustiziale generale piena e tempestiva si possono interpretare le disposizioni contenute nei commi 9-*bis* e 9-*ter* volte a disciplinare l'esercizio del potere sostitutivo in caso di inerzia dell'amministrazione.

L'evoluzione della concezione della legalità-legittimità in legalità-giustizia del procedimento amministrativo riflette così la parallela e più ampia evoluzione del rapporto pubblica-amministrazione - cittadino.

5. L'inesauribilità del potere amministrativo e l'autotutela decisoria

L'autotutela decisoria viene definita «come espressione di un privilegio generale dell'amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni (...) che enfatizza la flessibilità dell'atto amministrativo, nel presupposto che esso debba essere sempre adattato alle mutevoli esigenze dell'interesse pubblico ed aderente al principio di legalità dell'azione amministrativa»⁵¹.

Tuttavia, nell'art. 21-nonies della l. n. 241/1990 il termine di dodici mesi, come limite massimo per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio (dei soli provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, non carpitati attraverso rappresentazioni o dichiarazioni false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudica-

mento di Scoca), in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 4415.

⁵⁰F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 9.

⁵¹F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *federalismi.it*, 8/2017, pp. 15-16.

to)⁵² sembra esso stesso incompatibile con l'affermazione della immanenza ed inesauribilità del potere, qualificato in termini di potere generale volto al conseguimento dell'interesse pubblico, anche in un momento successivo all'adozione del provvedimento.

Lo spirare di un termine, di dodici mesi, lega una garanzia di certezza del regime giuridico del rapporto tra ufficio amministrativo e privato-cittadino già destinatario di un provvedimento anche illegittimo (purché non carpito con frode o falso), ed ora anche legittimo ma inefficace⁵³ in caso di determinazioni tardive (ai sensi dell'art. 2 comma 8-*bis* della l. 241/1990). L'esercizio del potere di autotutela decisoria trova così il limite nella tutela della certezza del diritto nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione: limite originato proprio dal necessario bilanciamento, valutato a priori dal legislatore, tra interessi pubblici e interessi privati.

Il potere amministrativo espressione di potere autoritativo della pubblica amministrazione ha lasciato nel tempo sempre più spazio all'esercizio del potere discrezionale, ma in entrambe i casi l'esercizio dell'attività amministrativa trova ragion d'essere nell'attribuzione legislativa dei suddetti poteri.

Gradualmente, soprattutto con la promulgazione della Costituzione, è emersa l'esigenza di rinvenire nell'ordinamento un fondamento legale dei poteri amministrativi e, con riferimento al tema, un fondamento legale del potere di autotutela decisoria (specie dell'annullamento d'ufficio), siccome idoneo ad incidere su posizioni giuridiche dei destinatari del provvedimento⁵⁴.

Tale esigenza è stata avvertita soprattutto con l'introduzione, nella legge n. 241/1990, da un lato degli istituti ispirati da esigenze di semplificazione, «idonei a determinare l'assetto dei rapporti e degli interessi anche al di fuori dello "schema" classico del provvedimento amministrativo (con i suoi caratteri

⁵²Art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

⁵³M. CALABRÒ, *op. cit.*, p.19.

⁵⁴P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *federalismi.it*, 14/2020, p. 241.

di unilateralità ed imperatività)»⁵⁵; dall'altro delle garanzie partecipative degli interessati e dell'obbligo di motivazione del provvedimento.

In particolare, la legalità, in tale contesto, è garantita dal procedimento, “processo decisionale standardizzato”, sede dell'acquisizione e della composizione degli interessi pubblici e privati rilevanti, volto a produrre il provvedimento come atto che definisce il “problema amministrativo”⁵⁶.

La garanzia di una piena ed effettiva considerazione degli interessi privati accanto a quello pubblico primario sembra ridurre lo spazio per un ripensamento unilaterale da parte dell'amministrazione sul contenuto della decisione, qualora illegittima o inopportuna.

Tuttavia, per una rivisitazione della ricostruzione dogmatica del potere di autotutela decisoria, si deve necessariamente riflettere sulla distinzione tra funzione amministrativa e potere amministrativo.

Recuperando così la distinzione tra funzione attribuita alla pubblica amministrazione ed esercizio del potere nell'espletamento della funzione si ribadisce che l'«esercizio del potere determina il suo esaurimento»⁵⁷, mentre la funzione permane oltre il singolo esercizio del potere, permane al di là del singolo episodio di amministrazione.

L'autotutela decisoria non è da intendersi quale espressione dell'immanenza ed inesauribilità del potere di amministrazione attiva, bensì quale potere amministrativo che esercitato determina il suo stesso esaurimento. L'immanenza ed inesauribilità della funzione amministrativa attiva deriva dalla necessità di garantire la continua rispondenza dell'attività amministrativa al pubblico interesse ed è strettamente ancorato al principio di legalità. Ma ancor più l'autotutela decisoria, come espressione di tale potere, deve essere ancorata al principio di legalità.

⁵⁵P. OTRANTO, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁶F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 133 ss.

⁵⁷B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Diritto amministrativo generale, Milano, Giuffrè, 2003, p. 785, al riguardo anche M. TRIMARCHI, *op. cit.*, pp. 14 e ss.

L'autotutela decisoria altro non è che il singolo episodio di amministrazione nel più generale quadro di inesauribilità della funzione amministrativa.

Seppure il decorso del termine ragionevole (comunque non superiore a dodici mesi per i provvedimenti d'anzì richiamati) consumi il potere dell'Amministrazione di annullare d'ufficio il provvedimento illegittimo⁵⁸ (salva l'eccezione prevista dalla norma di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* L. n. 241/1990), non consuma la funzione amministrativa.

In tale contesto l'introduzione del termine di dodici mesi è indubbiamente segnale del «nuovo paradigma nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni: nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati»⁵⁹, paradigma che deve essere interpretato nell'ambito più vasto dell'esercizio della funzione amministrativa.

⁵⁸Sulla “consumazione del potere” di autotutela decisoria decorso il termine, Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341.

⁵⁹Cons. Stato, parere 30 marzo 2016, n. 839 reso dalla Commissione speciale sullo schema di decreto S.C.I.A.

MARCO BUCCARELLA

Dottorando di Ricerca in Scienze Giuridiche, Università di Foggia-Università di Siena

marco.buccarella@unifg.it

**IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE PER ETÀ NEI
CONCORSI PUBBLICI IN ITALIA. RIFLESSIONI A
MARGINE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI
GIUSTIZIA UE, SEZ. III, N. 914 DEL 3 GIUGNO 2021 IN
MERITO AL REQUISITO ANAGRAFICO PREVISTO PER
L'AMMISSIONE AL CONCORSO NOTARILE**

**THE PROHIBITION OF AGE DISCRIMINATION IN ITALIAN
PUBLIC COMPETITIONS. SOME CONSIDERATIONS ON THE
DECISION OF THE E.U. COURT OF JUSTICE, THIRD SECTION,
NO. 914 OF 3 JUNE 2021, CONCERNING THE AGE LIMIT FOR
ADMISSION TO THE ITALIAN COMPETITION FOR
APPOINTMENT OF NOTARIES**

SINTESI

Il contributo analizza la recente pronuncia n. 914 del 3 giugno 2021, resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa C-914/19, Ministero della Giustizia contro G.N., a seguito della questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato, Sez. IV, con ordinanza n. 8154 del 19 settembre 2019, in relazione al limite d'età previsto in Italia per l'ammissione al concorso notarile. Il lavoro si sviluppa attraverso l'analisi del principio di non discriminazione nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea e internazionale e, poi, della disciplina UE in materia di discriminazione per motivi d'età. In particolare, si analizzano le principali disposizioni previste dalla direttiva 2000/78/CE nonché l'evoluzione della giurisprudenza in materia, specialmente in relazione alle legittime ipotesi di trattamento discriminatorio fondato sull'età, come disciplinate dagli artt. 2.2, 2.5, 4.1 e 6.1 della direttiva 2000/78/CE. Dopo aver fornito un inquadramento generale della disciplina e della prassi in materia di *age discrimination*, l'autore analizza, alla luce delle motivazioni della sentenza della Corte di Giusti-

zia dell'Unione europea n. 914/2021, il limite anagrafico previsto dalla normativa italiana in materia di accesso alla professione notarile e la sua compatibilità con il diritto dell'Unione europea, illustrando le principali questioni giuridiche insite nel ragionamento della Corte. Nell'analizzare la sentenza n. 914/2021, il contributo sottolinea l'apporto della Corte rispetto alla conferma dell'ampio margine di discrezionalità, riservato agli Stati, nella definizione delle cause legittimanti misure discriminatorie fondate sull'età. Nella parte conclusiva del lavoro, si svolgono alcune riflessioni in merito all'adeguatezza del quadro normativo europeo e delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza della CGUE, rispetto al tema dei parametri di valutazione che dovrebbero consentire ai giudici interni di verificare la ragionevolezza delle misure di differenziazione di trattamento per età. In particolare, anche alla luce di due recenti questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di Stato innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, l'autore si interroga rispetto agli scenari futuri, in cui potrebbe verificarsi un aumento delle controversie in materia e quindi dei casi di rinvii pregiudiziali alla CGUE, oppure un'eliminazione *tout court* dei limiti anagrafici nella maggior parte dei concorsi pubblici. Entrambe le opzioni si risolverebbero, tuttavia, in un paradosso, giacché, a fronte dell'ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati membri in materia, i Paesi finirebbero per non assumere decisioni: in un caso, perché "la parola decisiva" spetterebbe in sostanza alla CGUE; nell'altro, perché si eviterebbero, di fatto, decisioni "di merito" nella definizione delle politiche interne sociali e di occupazione – segnatamente rispetto alla selezione e all'assunzione di dipendenti pubblici e assimilati.

ABSTRACT

This paper analyses the recent judgment no. 914 of 3 June 2021, rendered by the Court of Justice of the European Union in the case C-914/19, Ministry of Justice v. G.N., following the preliminary referral raised by the Council of State, Section IV, with ordinance no. 8154 of 19 September 2019, in relation to the age limit for admission to the Italian competition for appointment of nota-

ries. The work takes place through the analysis of the principle of non-discrimination in the European Union and international legal system and of the EU legislation on age discrimination, too. In particular, the main provisions of Directive 2000/78/EC are analyzed, as well as the evolution of the relevant case-law, especially with reference to the legitimate options of age discriminatory treatment, as provided by Articles 2.2, 2.5, 4.1 and 6.1 of Directive 2000/78 / EC. After providing a general framework of the discipline and jurisprudence in the field of discriminatory treatment based on age, the author analyzes, on the basis of the judgment of the CJEU no. 914/2021, the age limit provided for by Italian law on access to the notary profession and its compatibility with European Union law, illustrating the main legal issues inherent in the Court's reasoning. By analyzing the decision no. 914/2021, the paper underlines the contribution of the EU Court in confirming the margin of appreciation, allowed to States, in the definition of the causes which could justify age discrimination. The final section of the paper proposes some reflections upon the standard of the European regulatory framework and the indications provided by the jurisprudence of the CJEU, with respect to the issue of assessment indices that should allow national judges to verify the legitimacy of discriminate age-based treatment. In particular, also in the light of two recent preliminary referrals raised by the Italia's Council of State to the Court of Justice of the European Union, the author questions the future scenarios, in which disputes about age discrimination and preliminary referrals before the CJEU may be a rise, or there might be an outright elimination of age limits in most public competitions. However, both options would resolve into a paradox, because, despite of the wide margin of appreciation allowed to EU States about age discrimination, countries would end up not taking decisions: one way, since "the crucial word" is given to the CJEU, the other way would avoid "substantial" decisions in the formulation of internal social and labour policies – regarding selection and hiring of public employees.

PAROLE CHIAVE: principio di non discriminazione; rinvio pregiudiziale; discriminazione fondata sull'età; requisiti d'età nei concorsi pubblici; International and EU anti-discriminatory law.

KEYWORDS: principle of non-discrimination; preliminary referral; age discrimination; age requirements in the public competitions; International and EU anti-discriminatory law.

INDICE: 1. Premessa: il caso sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea – 2. Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea e nel contesto giuridico internazionale di riferimento – 3. Segue: *age discrimination* nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia – 4. La discriminazione per età prevista dalla normativa italiana in materia di accesso alla professione notarile e la sua compatibilità con il diritto dell'Unione europea – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa: il caso sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Con la sentenza n. 914 del 3 giugno 2021, resa nell'ambito della causa C-914/19 e a seguito della questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato quale giudice di ultima istanza¹, la Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE), Sez. III, ha statuito che l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 6, par. 1, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 – integranti il quadro normativo UE relativo alla parità di trattamento in tema di occupazione e di condizioni di lavoro – «*devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che fissa a 50 anni il limite di età per poter partecipare al concorso per l'accesso alla professione di notaio*»². Tale conclusione discende, secondo la Corte, dall'evidenza che il limite d'età stabilito dall'art. 1, co. 3, lett. b), l. 6 agosto 1926, n. 1365, in materia di conferimento dei posti notarili, come modificato dall'art. 13 del d.lgs. 24 aprile 2006, n. 166 (recante le «*norme in materia di concorso notarile, pratica e tirocinio professionale, nonché in materia di coadiutori notarili in attuazione dell'articolo 7, comma 1, della legge 28 novembre 2005, n. 246*»), non appare oggettivamente e ragionevolmente giustificato alla luce di quanto previsto dall'art. 6, par. 1, della direttiva 2000/78/CE, non

¹Corte di Giustizia dell'Unione europea, Sez. III, 3 giugno 2021, n. 914, causa C-914/19, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla CGUE *ex art.* 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), dal Consiglio di Stato, Sez. IV, nell'ambito del giudizio R.G. n. 10319/2018, con ordinanza n. 8154 del 19 settembre 2019, pervenuta alla cancelleria il 12 dicembre 2019 (liberamente consultabile sul sito ufficiale della CGUE, al seguente *link* <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-914/19&language=IT>).

²Cfr. le conclusioni della sentenza della CGUE, Sez. III, n. 914/2021, cit., p. 12.

rispondendo «agli obiettivi di garantire la stabilità dell'esercizio di tale professione per un lasso temporale significativo prima del pensionamento, di proteggere il buon funzionamento delle prerogative notarili e di agevolare il ricambio generazionale e il ringiovanimento del notariato e, in ogni caso, eccede quanto necessario per raggiungere tali obiettivi, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare»³.

La pronuncia *de qua* trae origine dall'esclusione di un aspirante notaio dal concorso pubblico per esami per 500 posti indetto con Decreto del Direttore Generale del Ministero della Giustizia del 21 aprile 2016 (il "Bando"), a causa dell'avvenuto superamento del limite d'età previsto ai fini della partecipazione al concorso. Invero, il predetto Decreto aveva fissato a cinquant'anni il limite d'età per l'ammissione al concorso notarile, in conformità a quanto previsto dall'art. 1, co. 3, lett. b), della l. n. 1365/1926 (come sostituito dall'art. 13 del d.lgs. n. 166/2006), secondo cui «per l'ammissione al concorso gli aspiranti devono (...) non aver compiuto gli anni cinquanta alla data del bando di concorso». A fronte di tale previsione esclusiva, quattro aspiranti notai avevano proposto ricorso e successivo atto per motivi aggiunti innanzi al giudice amministrativo, avverso, rispettivamente, il Bando e il conseguente decreto di esclusione per avvenuto superamento del limite d'età⁴. Il TAR Lazio, Roma, Sez. I, dapprima accoglieva la domanda cautelare con decreto presidenziale, ammettendo con riserva gli allora quattro ricorrenti al concorso, e poi, con la successiva ordinanza del 7 dicembre 2016, confermava la misura cautelare soltanto con riferimento alla posizione dell'unica ricorrente che aveva effettivamente consegnato le prove scritte. Successivamente, poiché nelle more del giudizio la predetta concorrente aveva superato sia le prove scritte sia quelle orali, il TAR Lazio, Roma, Sez. I, con la sentenza n. 10885 del 12 novembre 2018, dichiarava improcedibile il ricorso – oltre che rispetto ai tre ricorrenti originari – anche nei confronti di quest'ultima, atteso che «la successiva ammissione all'orale della ricorrente, di conseguenza, non costituiva atto necessitato dall'ordinanza cautelare del Tar e la sua adozione da parte

³*Ibid.*

⁴TAR Lazio, Sez. I, R.G. n. 7330/2016.

dell'amministrazione, a mezzo di apposito atto successivo, risulta espressione di una autonoma e indipendente volizione, di più ampio contenuto rispetto a quella imposta dal dictum giudiziale interinale, incompatibile con quella a suo tempo espressa a mezzo dei provvedimenti impugnati nei confronti della ricorrente»⁵. Avverso tale sentenza, il Ministero della Giustizia proponeva appello innanzi al Consiglio di Stato⁶, sostenendo, in sostanza, che il giudice di primo grado avrebbe dovuto respingere il ricorso, senza attribuire alcuna rilevanza all'avvenuto superamento delle prove del concorso – giacché reso possibile solo grazie alla concessione della misura cautelare. La parte appellata si costituiva in giudizio, chiedendo il rigetto dell'appello e riproponendo *ex art. 101, co. 2, c.p.a.* le domande non esaminate in primo grado, tra cui quella relativa all'incompatibilità della previsione del limite d'età previsto dal Bando con la normativa nazionale e dell'Unione europea. Con la sentenza non definitiva n. 8152 del 28 novembre 2019, il Consiglio di Stato, Sez. IV, accoglieva l'appello del Ministero contro la declaratoria di improcedibilità del ricorso in primo grado, respingeva le censure della parte appellata sulla presunta incompatibilità tra il Bando e la normativa nazionale (art. 1, co. 3, lett. *b*, l. 6 agosto 1926, n. 1365) e, infine, con riferimento alla questione pregiudiziale *illo tempore* sollevata innanzi al giudice di prime cure, disponeva la sospensione del giudizio *ex art. 267, paragrafi 2 e 3, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE)*. Quindi, con successiva ordinanza n. 8154 del 28 novembre 2019, il Collegio rimetteva la questione pregiudiziale alla CGUE, interrogandosi sulla possibile natura ingiustificatamente discriminatoria della normativa italiana che stabilisce un limite d'età per il potenziale conseguimento delle funzioni notarili. Il giudice del rinvio, nel sollevare la questione pregiudiziale rispetto all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 10 TFUE e all'art. 6, par. 1, della direttiva 2000/78/CE, dava atto delle controdeduzioni del Ministero della Giustizia, secondo cui non sarebbe *«irragionevole la scelta del legislatore di porre un limite di età per la partecipazione al concorso notarile, in quanto*

⁵TAR Lazio, Sez. I, 12 novembre 2018, n. 10885, p. 4.

⁶Cons. Stato, Sez. IV, R.G. n. 10319/2018.

l'immissione nei ruoli di professionisti che abbiano già raggiunto una determinata età contrasterebbe con l'esigenza di garantire la stabilità dell'esercizio della pubblica funzione per un periodo di tempo significativo, senza gravare sull'equilibrio dei conti del sistema previdenziale del notariato, impedendo l'accesso di soggetti non lontani dal limite di età previsto per il collocamento a riposo»⁷.

Nell'ottica di affrontare criticamente i profili giuridici sottesi alla questione che ha condotto la CGUE a rigettare le argomentazioni del Ministero resistente e a pronunciarsi sull'incompatibilità dell'art. 1, co. 3, lett. b), l. 6 agosto 1926, n. 1365, con le disposizioni UE, occorre soffermarsi sul quadro normativo in materia di discriminazione e disparità di trattamento collegate all'età.

2. Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea e nel contesto giuridico internazionale di riferimento.

Ai fini di un corretto inquadramento giuridico della vicenda in esame, occorre innanzitutto analizzare – per i profili che assumono rilievo rispetto alla sentenza in commento – il principio di non discriminazione con riguardo all'ordinamento dell'Unione europea e ai principali strumenti giuridici internazionali di riferimento, prima di concentrarci, in particolare, sulle disposizioni UE finalizzate a contrastare forme di c.d. *age discrimination*. Giova precisare, nell'ottica di meglio definire il campo di indagine, che in questa sede si farà genericamente riferimento al principio di non discriminazione quale corollario del principio di uguaglianza⁸, nel segno della giurisprudenza della CGUE che ha impiegato detti termini come un'endiadi in cui il secondo costituisce il verso positivo del primo⁹.

⁷Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza n. 8154 del 28 novembre 2019, punto 5.

⁸Sulla distinzione, elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dei concetti di non discriminazione e uguaglianza nell'ambito dell'ordinamento costituzionale italiano, dell'Unione europea e internazionale si veda G. GUIGLIA, *Non discriminazione ed uguaglianza: unite nella diversità*, in *Gruppo di Pisa*, 2012.

⁹In proposito, si veda lo studio pubblicato di recente dal Servizio di Ricerca del Parlamento europeo: EPRS, *I principi di uguaglianza e non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato*, in *Unità Biblioteca di diritto comparato*, PE679.060 – Gennaio 2021. Tale studio è liberamente consultabile online al link [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/679060/EPRS_STU\(2021\)679060_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/679060/EPRS_STU(2021)679060_IT.pdf). Nell'ambito della giurisprudenza, cfr.: CGUE, sentenza del 13 novembre 1984,

Le prime indicazioni in merito al principio di non discriminazione si possono rinvenire nella risalente giurisprudenza della CGUE¹⁰. Invero, già al tempo in cui la legislazione comunitaria si occupava quasi esclusivamente di fenomeni, attività e questioni di natura economica, gli avvocati generali Van Gerven e Tesauro avevano qualificato il principio di non discriminazione quale «*pietra angolare*» di tutti i fondamenti della Comunità europea¹¹, cioè la libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali.

Fino agli anni 2000, tuttavia, le norme in materia di non discriminazione riguardavano per lo più le discriminazioni fondate sul sesso, nel contesto dell'occupazione e della sicurezza sociale. In questo senso, già il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE), al fine di assicurare la concorrenza tra i Paesi ed evitare vantaggi concorrenziali fondati su legislazioni sociali meno favorevoli, aveva introdotto il principio «*della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile*»¹². In tale quadro, il più generale principio di discriminazione era stato sostanzialmente ricavato per via interpretativa dalla Corte di giustizia, desumendolo, nello specifico, dai singoli divieti di discriminazione già presenti nel diritto primario (art. 13 e art. 141 del Trattato

causa C-283/83, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*; CGUE, sentenza dell'8 ottobre 1980, causa C-810/79, *Peter Überschär contro Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*; CGUE, causa C-427/06, *Birgit Bartsch contro Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, conclusioni del 22 maggio 2008 dell'Avvocato generale Sharpston, par. 34, 35, 42 e 65.

¹⁰Per un approfondimento sulla genesi e sull'evoluzione della tutela antidiscriminatoria nell'ordinamento UE, si veda A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, pp. 19 e ss.

¹¹Conclusioni dell'Avvocato Generale Van Gerven del 28 novembre 1990, causa C-340/89, *Irène Vlassopoulou contro Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, par. 6; conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro del 23 gennaio 1991, causa C-63/89, *Assurances du crédit e Compagnie belge d'assurance crédit SA contro Consiglio e Commissione delle Comunità europee*, par. 11. Nei medesimi termini si è espressa di recente, *mutatis mutandis*, la Commissione europea a seguito dell'approvazione della strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030, affermando che uguaglianza e non discriminazione costituiscono «*le pietre angolari delle politiche dell'UE*». Cfr. Comunicato Stampa della Commissione europea del 3 marzo 2021, *Un'Unione dell'uguaglianza: la Commissione europea presenta la strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030*.

¹²Art. 119 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea (CEE), sottoscritto il 25 marzo 1957 unitamente al Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (CEEA). Tali Trattati, noti come Trattati di Roma, segnano, unitamente al trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) firmato a Parigi il 18 aprile del 1951, il momento costitutivo della Comunità europea (CE).

istitutivo della Comunità europea, ora, rispettivamente, art. 19 e art. 157 TFUE). A seguito dell'approvazione del Protocollo sulla politica sociale allegato al Trattato di Maastricht¹³ e incorporato al Trattato di Amsterdam¹⁴, il più generale principio della pari opportunità tra uomini e donne – non più limitato solo ai profili della parità retributiva – ha poi assunto valore fondamentale, essendo espressamente riconosciuto tra i compiti e gli obiettivi della Comunità europea¹⁵.

Il progressivo riconoscimento giurisprudenziale del principio di non discriminazione ha, poi, condotto all'adozione della direttiva 2000/43/CE¹⁶ e della direttiva 2000/78/CE¹⁷. La prima è volta a contrastare le discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica, sia nel contesto del lavoro, sia nell'accesso alla sicurezza sociale e ai beni e ai servizi. La seconda – che interessa specificamente il tema della *age discrimination* – vieta le discriminazioni fondate sulla religione, gli handicap, l'età e l'orientamento sessuale nell'ambito del lavoro. Nel quadro degli atti di diritto derivato approvati nell'ordinamento UE in materia di non discriminazione, occorre poi anche ricondurre la direttiva 2004/113/CE¹⁸,

¹³Il Trattato di Maastricht, o Trattato sull'Unione europea (TUE), è uno dei trattati dell'Unione europea (UE). È stato approvato nel dicembre 1991 dai 12 capi di governo dell'allora Comunità Europea (CE) ed è stato firmato il 7 febbraio del 1992, per poi entrare in vigore il 1° novembre 1993. Il Trattato di Maastricht costituisce il punto di arrivo di un percorso avviato nel 1983 in occasione del Consiglio europeo di Stoccarda, quando venne rilanciata l'idea di un'unione politica da affiancare alla CEE. Sulla storia e l'evoluzione dell'Unione europea si vedano, per tutti, G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, VIII ed., Torino, 2020; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VII ed., Padova, 2012; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, VI ed., Bari, 2020.

¹⁴Il Trattato di Amsterdam – che ha apportato rilevanti modifiche al Trattato di Maastricht – è stato firmato il 2 ottobre 1997 dagli allora 15 Stati membri ed è entrato in vigore il 1° maggio 2019.

¹⁵Cfr. art. 3, par. 2, del Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE), oggi confluito nell'art. 8 del TFUE, e art. 13 del TCE, oggi art. 19 TFUE.

¹⁶Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000, che «*attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica*», reperibile online al link <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:it:HTML>.

¹⁷Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che «*stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*», reperibile online al link <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:it:HTML>.

¹⁸Direttiva 2004/113/CE del Consiglio del 13 dicembre 2004, che «*che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura*», reperibile online al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/LSU/?uri=CELEX%3A32004L0113>.

adottata allo scopo di estendere il principio della parità di trattamento oltre l'ambito del mercato del lavoro e della vita professionale, e la decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio in tema di «*lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*»¹⁹. Il definitivo riconoscimento del diritto antidiscriminatorio si è poi avuto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁰, che ha assunto valore giuridico vincolante il 1° dicembre 2009 a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona²¹ e in particolare per effetto dell'art. 6, par. 1, del TUE, secondo cui «[l]’Unione riconosce i diritti, le libertà ed i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea [...], che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». L'art. 21 della Carta – che oggi rientra nel diritto primario dell'Unione europea – vieta espressamente «*qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opi-*

¹⁹La decisione quadro 2008/913/GAI ha sostanzialmente posto in capo a tutti gli Stati membri UE l'obbligo di prevedere sanzioni penali nel caso di episodi di incitamento alla violenza o all'odio sulla base di razza, colore, origine, religione o credo, etnia e nazionalità, oltre che nell'ipotesi di diffusione di materiale razzista o xenofobico. Gli Stati membri sono stati inoltre obbligati a considerare come aggravante di reato l'intento razzista o xenofobo. Detta decisione è reperibile online al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32008F0913>.

²⁰La Carta è stata proclamata la prima volta solennemente a Nizza nel 2000 dal Parlamento, dal Consiglio e dalla Commissione e poi, in seguito ad alcune modifiche, di nuovo nel 2007. Detto strumento giuridico enuncia i diritti civili, politici, economici e sociali dei cittadini europei e di tutte le persone che vivono sul territorio dell'Unione. Si compone di 54 articoli e di un preambolo, che definisce i valori spirituali e morali dell'UE.

²¹Il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 dai Capi di Stato e di Governo ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha apportato modifiche al TUE e al TCE, che è stato quindi rinominato Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Detto Trattato costituisce il risultato di un importante percorso di riforma istituzionale dell'UE che ha determinato, tra i tanti, alcuni fondamentali cambiamenti nel quadro giuridico-istituzionale dell'Unione: il riconoscimento della personalità giuridica all'UE, una nuova ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri e il rafforzamento del principio democratico e la tutela dei diritti fondamentali, anche attraverso l'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali del medesimo valore giuridico dei Trattati. Per un approfondimento sul percorso di riforma dell'UE che ha condotto all'approvazione del Trattato di Lisbona si vedano: M.C. BARUFFI, *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, Cedam, 2008; M. DONY, *Après la réforme de Lisbonne. Les nouveaux traités européens*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008; A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona, nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009; C. ZANGHÌ, L. PANELLA (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, Giappichelli Editore, 2009.

nioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

Nel sistema normativo definito dai Trattati europei, la «*non discriminazione*» è espressamente inquadrata tra i valori «*comuni agli Stati membri*» (art. 2 del Trattato sull'Unione europea o TUE) ed è riconosciuta quale priorità del processo di integrazione europea, atteso che il contrasto alle discriminazioni rientra tra gli obiettivi delle politiche e delle azioni UE (art. 10 TFUE), anche rispetto al funzionamento del «*mercato interno*» (art. 3, par. 3, del TUE). Gli articoli 18 e 19 del TFUE, collocati nella Parte Seconda «*Non discriminazione e cittadinanza*», costituiscono, poi, la base giuridico-istituzionale che consente all'UE di dare concreta attuazione, tramite strumenti di diritto derivato, al principio di non discriminazione – segnatamente nella prospettiva dell'età, del genere, della nazionalità, della religione e dell'orientamento sessuale.

Inoltre, il generale principio di non discriminazione è affermato anche in alcuni trattati delle Nazioni Unite (ONU), in materia di diritti umani, cui hanno aderito i Paesi membri dell'Unione²² e che, dunque, assumono rilievo nell'attuazione degli altri strumenti giuridici previsti dal diritto eurounitario, ossia: il Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR), il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR), la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione, nei confronti della donna (CEDAW), la Convenzione contro la tortura e la Convenzione sui diritti del fanciullo (CRC). Il più recente trattato ONU che afferma il principio di non discriminazione, nella specifica prospettiva del divieto di discriminazione fondato sulla disabilità, è la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD) del 2006, che l'UE ha ratificato il 23 dicembre 2010²³.

²²Giova precisare che alcuni Stati membri sono, inoltre, parti contraenti della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (doc. n. A/61/611, 13 dicembre 2006) e della Convenzione internazionale sulla protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate (doc. n. ONU A/61/488, 20 dicembre 2006); tuttavia, nessun Paese UE ha ancora ratificato la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (doc. n. ONU A/RES/45/158, 1 luglio 2003).

²³La UNCRPD è il primo trattato ONU, in materia di diritti umani, cui possono aderire anche le organizzazioni di integrazione regionale. A tutt'oggi, l'UE è l'unica organizzazione re-

Al quadro degli strumenti giuridici internazionali che affermano il principio di non discriminazione e assumono rilievo nell'ordinamento UE, deve essere poi ricondotta – per quanto non espressamente richiamata nell'ambito della controversia in commento – la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848 (CEDU)²⁴. L'art. 14 della CEDU, similmente a quanto previsto dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali UE, stabilisce che il godimento dei diritti e delle libertà previste dalla predetta Convenzione «*deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione*». Fin dal principio, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) ha chiarito che detta disposizione non può trovare un'applicazione indipendente, bensì solo strumentale, in relazione al «*godimento dei diritti e delle libertà*» garantite dalla CEDU medesima²⁵. In questo senso, l'art. 14 CEDU integra le altre clausole normative della Convenzione e dei suoi Protocolli, in particolare del Protocollo n. 12²⁶. Con l'entrata in vigore di tale atto,

gionale ad aver ratificato detto trattato.

²⁴La CEDU non è ormai più considerata soltanto quale «*source of the inspiration for the discovery of general principles of EU law*», come *illo tempore* affermato nella celebre sentenza Corte di giustizia europea, sentenza del 14 maggio 1974, causa 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contro Commissione delle Comunità europee*. Oggi la CEDU, in ragione dei richiami contenuti nella Carta europea dei diritti fondamentali e di quanto espressamente previsto dall'art. 6, par. 3, TUE, ha assunto un ruolo fondamentale nel contesto normativo UE, pur sempre nel rispetto dell'unità, del primato e dell'effettività del diritto dell'Unione (come chiarito da CGUE, Sez. V, sentenza del 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Victor Manuel Julian Hernández e a. contro Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante) e a.*). Sulla rilevanza della CEDU e dei suoi Protocolli all'interno dell'ordinamento UE, nella specifica prospettiva del principio di non discriminazione, si veda S.M. CARBONE, *Discriminazioni sulla base dell'età tra principi generali UE e criteri applicativi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, pp. 23-26.

²⁵La giurisprudenza si è pronunciata in questo senso a partire da Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), sentenza 23 luglio 1968, cause 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, secondo cui «*cette garantie n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement, aux termes de l'article 14 (art. 14), les "droits et libertés reconnus dans la Convention"*», par. 9.

²⁶Il Protocollo n. 12, aperto alla firma il 4 novembre 2000 a Roma, è entrato in vigore il 1° aprile 2005 ed è stato finora ratificato soltanto da 20 dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa; l'Italia, pur avendo sottoscritto detto Protocollo il 4 novembre 2000, non l'ha ancora

sottoscritto in occasione della celebrazione del cinquantenario della CEDU, il principio di non discriminazione è stato di fatto esteso a tutti i diritti previsti dalla legge (e non solo a quelli sanciti dalla Convenzione, come previsto dall'art. 14 CEDU), nell'espressa convinzione, manifestata dagli Stati firmatari, che «tutte le persone sono uguali innanzi alla legge e hanno diritto alla stessa protezione da parte della legge»²⁷.

In un simile contesto normativo – evidentemente rafforzato dopo la vincolatività giuridica riconosciuta alla Carta dei diritti fondamentali UE e accresciuta dal crescente valore attribuito alla CEDU – il principio di non discriminazione ha quindi acquisito una propria “indipendenza”, anche grazie all'intervento della giurisprudenza della CGUE. In proposito, assumono rilievo le sentenze rese dalla Corte in tema di discriminazione per età, nelle controversie *Mangold*²⁸ e *Kucukdeveci*²⁹. Con tali pronunce, la CGUE ha riconosciuto l'applicazione del principio di non discriminazione sulla base dell'età anche nelle controversie fra privati, conferendo a detto fondamentale principio il c.d. “effetto diretto orizzontale”³⁰ in quanto valore fondante l'identità europea.

ratificato. Sul tema dell'apporto del Protocollo n. 12 alla tutela antidiscriminatoria, si veda E. CRIVELLI, *Il Protocollo n. 12 Cedu: un'occasione (per ora) mancata per incrementare la tutela antidiscriminatoria*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 137 e ss. In generale, sul Protocollo n. 12, cfr., *ex plurimis*, J. SCHOKKENBROEK, *A New European Standard Against Discrimination: Negotiating Protocol no. 12 to the European Convention on Human Rights*, in J. NESSEN, I. CHOPIN (a cura di), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Leiden- Boston, Martinus Nijhoff Publishers 2004, pp. 61-79.

²⁷Così il Preambolo del Protocollo n. 12.

²⁸CGUE, Grande Sezione, sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*, raccolta della giurisprudenza: 2005 I-09981.

²⁹CGUE, Grande Sezione, sentenza del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Seda Küçükdeveci contro Svedex GmbH & Co. KG*, raccolta della giurisprudenza 2010 I-00365. Per un commento in merito alla portata di tale pronuncia si veda R. COSIO, *La sentenza Küçükdeveci: le nuove frontiere dell'Unione Europea*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, pp. 1079 e ss.

³⁰In proposito, si veda specificamente V. PICCONI, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, in *Questione Giustizia*, 2016. In generale, sul tema della diretta applicabilità dei principi generali di diritto e sull'efficacia diretta verticale od orizzontale delle direttive cfr.: C. FRATEA, *La portata delle direttive in pendenza del termine di recepimento: riflessioni a margine della sentenza Casertana Costruzioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, 481 ss.; M. GUIDI, *Sulla questione dell'obbligo di interpretazione conforme di una direttiva rispetto al termine della sua entrata in vigore*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, pp. 409 e ss.; B. DE WITTE, *Direct Effect, Primacy and the nature of the legal order*, in P. CRAIG, G. DE BURCA (a cura di), *The Evolution of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2011. Occorre precisare che, a tutt'oggi, la Corte di Giu-

Ovviamente, l'importanza assunta dal principio di non discriminazione nell'ambito dell'ordinamento UE non esclude che, rispetto ad una applicazione in senso "assoluto", possano essere fatti valere dei vincoli o delle specifiche limitazioni alla sua operatività – su cui ci si soffermerà in seguito attraverso l'analisi della direttiva 2000/78/CE. In tal senso, assumono innanzitutto rilievo le condizioni ed i limiti che derivano dall'applicazione dell'art. 6, par. 1, del TUE e dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali UE, oltretutto della disciplina prevista dalla CEDU. In linea generale, sia nella prospettiva delle disposizioni UE (come rafforzate dagli altri strumenti giuridici internazionali in materia) sia in quella della CEDU³¹, le limitazioni al principio di non discriminazione possono essere legittimamente previste, nell'ambito degli ordinamenti interni, in funzione della tutela di interessi generali o dell'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Per quanto ogni Stato goda di una certa discrezionalità in proposito, eventuali misure discriminatorie dovranno comunque risultare proporzionate rispetto agli scopi perseguiti che li giustificano³² e, dunque, non arbitrarie, ovvero fornite di adeguata giustificazione e fondate su criteri di natura obiettiva³³.

stizia ha riconosciuto efficacia orizzontale al principio di non discriminazione rispetto a specifici profili, quali l'età, la nazionalità, la razza e il genere.

³¹M.G. PUTATURO DONATI, *Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno*, in *www.europeanrights*, 51, 2015. In tal senso, nell'ambito della giurisprudenza della Corte EDU, si vedano, *ex multis*: Corte EDU, Sez. II, sentenza del 7 gennaio 2014, ricorso n. 77/07, *Cusan e Fazio c. Italia*, par. 60; Corte EDU, Sez. IV, sentenza del 20 giugno 2006, ricorso n. 17209/02, *Zarb Adami contro Malta*, par. 73; Corte EDU, sentenza del 28 maggio 1985, ricorsi nn. 9214/80, 9473/81 e 9474/81, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, par. 82.

³²S.M. CARBONE, *Discriminazioni sulla base dell'età tra principi generali UE e criteri applicativi*, cit., p. 26.

³³Cfr., *ex plurimis*, CGUE, sentenza del 15 settembre 1982, causa 106/81, *Julius Kind KG c. CEE*.

3. Segue: *age discrimination* nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Il principio di non discriminazione sulla base dell'età³⁴ è disciplinato – oltre che dalle norme dei trattati citate innanzi e dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali UE – dalla già citata direttiva 2000/78/CE³⁵, che al considerando n. 6 richiama inoltre la «*carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori*» e «*l'importanza di combattere qualsiasi forma di discriminazione, compresa la necessità di intraprendere azioni appropriate per l'integrazione sociale ed economica degli anziani e dei disabili*». Sotto il profilo del campo di applicazione, detta direttiva – secondo quanto stabilito dall'art. 3 – trova attuazione in materia di accesso all'occupazione, al lavoro e a tutti i tipi di livello di orientamento e formazione professionale (anche rispetto ai criteri di selezione e alle condizioni di assunzione)³⁶, nonché con riferimento all'occupazione e alle condizioni di lavoro in generale³⁷ e all'attività svolta nell'ambito delle organizzazioni di lavoratori o datori di lavoro³⁸. A livello di inquadramento normativo generale, il divieto di discriminazione in ragione dell'età, come disciplinato dalla direttiva 2000/78/CE e richiamato dall'art. 21, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere letto alla luce del fondamentale diritto di lavorare di cui all'articolo

³⁴In generale sul tema, cfr.: G. BAGIONI, *Il principio di non discriminazione sulla base dell'età. In margine al caso Kucukdeveci*, in I. CASTANGIA, G. BAGIONI (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 257 e ss.; O. BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, 2007, pp. 125 e ss.; S.M. CARBONE, *Discriminazioni sulla base dell'età tra principi generali UE e criteri applicativi*, cit., pp. 23 e ss.; V. LUBELLO, *Discriminazione basata sull'età e deroghe ammesse per obiettivi di politica del lavoro, mercato del lavoro e formazione professionale*, in DPCE, 2009, pp. 1928 e ss.; G. DI FEDERICO, *Le discriminazioni in base all'età nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia: da Mangold a Georgiev e oltre*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, pp. 585 e ss.; D. SCHIEK, *Age Discrimination before the ECJ - Conceptual and Theoretical Issues*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 771 e ss.

³⁵Sotto il profilo dell'applicazione negli ordinamenti nazionali, il principio di non discriminazione sulla base dell'età, unitamente a quello fondato su motivi connessi alla disabilità, è quello che ha presentato maggiori difficoltà rispetto al recepimento da parte del diritto interno. Tale circostanza ha comportato un'estensione di tre anni del termine di scadenza previsto per l'applicazione del motivo discriminazione sulla base dell'età, rispetto a quello *illo tempore* determinato in materia di discriminazione fondata sui diversi motivi di religione, orientamento sessuale e genere.

³⁶Art. 3, par. 1, lett. a) e b).

³⁷Art. 3, par. 1, lett. c).

³⁸Art. 3, par. 1, lett. d).

15, par. 1, della predetta Carta e in considerazione delle disposizioni della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori³⁹. In questo senso, la partecipazione dei lavoratori anziani alla vita professionale e, quindi, alla vita economica, culturale e sociale, rappresenta un aspetto cui gli Stati devono porre particolare attenzione, nell'ottica di favorire la diversità nell'occupazione.

L'art. 2, par. 1, della direttiva 2000/78/CE stabilisce che per «*principio della parità di trattamento*», si deve intendere l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1 della medesima direttiva, ovvero «*religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali*». L'art. 2, par. 2, definisce i concetti di discriminazione «*diretta*» e «*indiretta*», precisando alla lett. a) che la prima forma di discriminazione si verifica allorché, per i motivi di cui all'art. 1, «*una persona è trattata meno favorevolmente*» rispetto ad un'altra che si trova in una situazione analoga. Diversamente, l'ipotesi di discriminazione indiretta ricorre quando «*una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone*».

Rispetto a tali regole generali, l'art. 6 della direttiva 2000/78/CE indica i casi di «*Giustificazione delle disparità di trattamento collegate all'età*», specificando «*gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscono discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari*»⁴⁰. Più in dettaglio, alle successive lett. a), b) e c), il paragrafo 1 dell'art. 6 precisa che tali giustificate disparità di

³⁹La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata nel corso della riunione del Consiglio europeo tenutasi a Strasburgo il 9 dicembre 1989, riconosce la necessità di intraprendere azioni appropriate per l'integrazione sociale ed economica dei lavoratori meno giovani.

⁴⁰Cfr. anche il considerando 25 della direttiva 2000/78/CE.

trattamento possono consistere nella previsione, da parte degli Stati, di: condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale per i giovani al fine di «*favorirne l'inserimento professionale*» (lett. *a*); condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro «*per l'accesso all'occupazione o a taluni vantaggi connessi all'occupazione*» (lett. *b*); un'età massima per l'assunzione che sia «*basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o la necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento*» (lett. *c*). Un'espressa deroga, rispetto a quanto generalmente stabilito dall'art. 2, par. 2, della direttiva 2000/78/CE, è inoltre prevista per gli Stati anche in materia previdenziale, con riferimento alla «*fissazione per i regimi professionali di sicurezza sociale di un'età per poter accedere o aver titolo alle prestazioni pensionistiche o all'invalidità*» (così il paragrafo 2 dell'art. 6). Per completezza⁴¹, occorre ricondurre al quadro delle deroghe previste dalla direttiva 2000/78/CE anche le disposizioni di cui agli artt. 2, par. 5, e 4, par. 1⁴². La prima contempla un'eccezione generale – riservata ai casi di stretta necessità – con riferimento a tutte quelle misure discriminatorie che siano funzionali «*alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui*». L'articolo 4, par. 1, prevede, invece, che si possa derogare al dettato della direttiva 2000/78/CE nell'ipotesi in cui il requisito professionale che il lavoratore deve possedere risulti essenziale e determinante, per lo svolgimento delle mansioni previste⁴³.

⁴¹L'articolo 6, par. 1, costituisce l'eccezione più comunemente utilizzata dagli Stati per derogare alla direttiva 2000/78/CE. Del resto, la gran parte della giurisprudenza sul divieto di discriminazione sulla base dell'età si è per lo più soffermata su questa disposizione e sulle ampie possibilità di deroga che conferisce.

⁴²In materia di valutazione della legittimità di una misura nazionale rispetto al principio di non discriminazione stabilito dalla direttiva 2000/78/CE, si rinvia per un approfondimento a CGUE, Grande Sezione, sentenza del 13 settembre 2011, causa C-447/09, *Reinhard Prigge e altri contro Deutsche Lufthansa AG*. Nell'ambito di tale sentenza, la Corte di Giustizia ha infatti analizzato un caso di violazione del principio di non discriminazione, alla luce delle tre principali deroghe previste dalla direttiva 2000/78/CE: l'art. 2.5, l'art. 4.1 e l'art. 6.1.

⁴³Si pensi, ad esempio, all'importanza determinante che il requisito dell'età può assumere con riferimento a particolari professioni. Sul punto, cfr. CGUE, Grande Sezione, sentenza del 12 gennaio 2010, *Colin Wolf contro Stadt Frankfurt am Main*, par. 28 e giurisprudenza ivi citata. Con tale sentenza, la Corte ha riconosciuto l'ammissibilità, ai sensi dell'art. 4, par. 1, del limite di età stabilito dalla normativa tedesca per l'assunzione nel corpo dei vigili del fuoco.

Sotto il profilo dell'analisi giurisprudenziale in materia di *age discrimination*, giova innanzitutto evidenziare che la Corte, nella già richiamata sentenza *Kucukdeveci*, ha per la prima volta fatto riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴⁴. I principi espressi dalla predetta giurisprudenza sono stati, poi, oggetto di molte pronunce⁴⁵, tra le quali si richiamano, in ragione della loro rilevanza, le sentenze della Grande Sezione della CGUE rese nell'ambito delle controversie *Dansk Industri*⁴⁶, *Sorondo*⁴⁷ e *Abercrombie*⁴⁸. In questo senso, una volta stabilita la regola del principio di non discriminazione sulla base dell'età quale principio generale del diritto dell'Unione Europea, la giurisprudenza si è poi concentrata sulla portata di siffatto principio, soffermandosi in particolare sulle relative eccezioni e quindi sul margine di discrezionalità riservato agli Stati membri nella definizione delle proprie politiche occupazionali.

In linea generale, con riferimento alle ipotesi di trattamento giustificato in base all'età, gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità non soltanto nella scelta di perseguire un determinato fine, fra tanti, in materia di politica sociale e occupazione, ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo⁴⁹. Nel corso degli anni, la Corte ha infatti chiarito che gli Stati membri possono derogare in modi differenti al generale divieto di discriminazione stabilito dal diritto dell'Unione. Le eventuali giustificazioni di trattamento differenziato in funzione dell'età sono dipendenti da scelte e normative interne relative a condizioni e politiche lavorative, per lo più riconducibili alla

⁴⁴In proposito, si veda R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013.

⁴⁵Per un commento sulle principali pronunce della CGUE in materia, si veda R. COSIO, *La discriminazione per ragioni di età. La figlia di un dio minore si prende la scena*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2019, pp. 2 e ss.

⁴⁶CGUE, Grande Sezione, sentenza del 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri (DI) contro Successione Karsten Eigil Rasmussen*.

⁴⁷CGUE, Grande Sezione, sentenza del 15 novembre 2016, causa C-258/15, *Gorka Salaberria Sorondo contro Academia Vasca de Policía y Emergencias*.

⁴⁸CGUE, Grande Sezione, sentenza del 19 luglio 2017, causa C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl contro Antonino Bordonaro*.

⁴⁹CGUE, Grande Sezione, sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, cit., par. 63; CGUE, Grande Sezione, sentenza del 16 ottobre 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa*, cit., par. 68.

competenza dei singoli Stati; l'esercizio di tale discrezionalità, però, non deve comunque compromettere la valenza del principio in esame. Invero, come chiarito dalla giurisprudenza della CGUE⁵⁰, detto margine discrezionale non può avere l'effetto di svuotare di contenuto l'attuazione del principio di non discriminazione in ragione dell'età, configurandosi quale valvola aperta che permette qualsivoglia discriminazione in materia da parte degli Stati. Rispetto a tale possibilità, il considerando 15 della direttiva 2000/78/CE rimette ogni valutazione, in ordine agli specifici fatti sulla base dei quali riscontrare l'esistenza di una legittima discriminazione (diretta o indiretta) in base all'età, «alle autorità giudiziarie nazionali o ad altre autorità competenti conformemente alle norme e alle prassi nazionali».

In questo quadro, le autorità statali possono, ad esempio, decidere – con l'obiettivo di favorire l'occupazione fra le generazioni più giovani – un'età di pensionamento obbligatorio in certi ambiti lavorativi⁵¹, a condizione che la restrizione risulti ragionevole e proporzionata rispetto al fine perseguito. Sempre nella medesima ottica, un trattamento differenziato può essere giustificato nel caso in cui specifiche caratteristiche d'età siano funzionali, dunque fondamentali, per lo svolgimento della stessa prestazione di lavoro. In tal senso, la CGUE ha, ad esempio, ritenuto legittima l'esclusione dei candidati, per avvenuto superamento del limite d'età, da un concorso per l'assunzione di agenti di polizia, in cui il possesso di capacità fisiche particolari – caratteristica inscindibilmente connessa al fattore anagrafico – rappresenta un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa in questione⁵².

⁵⁰CGUE, Grande Sezione, sentenza del 12 ottobre 2010, causa C-499/08, *Ingenjorforeningen i Danmark, per conto del sig. Ole Andersen, contro Region Syddanmark*, par. 33; CGUE, Grande Sezione, sentenza del 5 marzo 2009, causa C-388/07, *The Queen on the application of: The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) contro Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, par. 51; CGUE, Grande Sezione, sentenza del 18 giugno 2009, causa C-88/08, *David Hüter contro Technische Universität Graz*, par. 47.

⁵¹Cfr. CGUE, Grande Sezione, sentenza del 18 novembre 2010, cause riunite C-250/09 e C-268/09, *Vasil Ivanov Georgiev contro Tehnicheski universitet - Sofia, filial Plodiv*.

⁵²CGUE, Grande Sezione, sentenza del 15 novembre 2016, causa C-258/15, *Gorka Salaberria Sorondo contro Academia Vasca de Policía y Emergencias*.

Al fine di legittimare una deroga all'applicazione del principio di non discriminazione, gli Stati membri, anziché limitarsi a meri richiami normativi, dovrebbero individuare motivazioni –anche di natura tecnica e/o economica – tali da giustificare le relative misure discriminatorie rispetto al contesto giuridico nazionale. Sulla base di tale premessa, ad esempio, l'Ungheria fu condannata dalla CGUE per aver abbassato l'età pensionabile di giudici e notai in assenza di una giustificazione e, soprattutto, in modo illogico rispetto all'avvenuto contemporaneo innalzamento dell'età pensionabile per altre categorie di dipendenti pubblici⁵³.

Alla luce del quadro normativo appena delineato e della prassi giurisprudenziale, possiamo affermare che, in astratto, ogni Stato può legittimamente prevedere deroghe al generale principio di non discriminazione nel rispetto delle ampie eccezioni previste dalla direttiva 2000/78/CE, a condizione che le autorità nazionali giustificano adeguatamente eventuali misure di *age discrimination* e, comunque, tengano conto dei vari interessi in gioco⁵⁴. Nella prospettiva interna e dunque con riferimento all'attività amministrativa in materia, il predetto principio si traduce in un obbligo, per gli Stati, di adottare eventuali misure discriminatorie nel rispetto del principio di proporzionalità⁵⁵.

⁵³CGUE, Sezione I, sentenza del 6 novembre 2012, causa C-286/12, *Commissione europea contro Ungheria*, in particolare parr. 74-75.

⁵⁴CGUE, Sezione VIII, sentenza del 2 aprile 2020, causa C-670/18, *CO contro Comune di Gestu*, parr. 44; CGUE, Grande Sezione, sentenza del 21 luglio 2011, cause riunite C-159/10 e C-160/10, *Gerhard Fuchs e Peter Köbler contro Land Hessen*; parr. 62-64; CGUE, Sezione II, sentenza del 5 luglio 2012, causa C-141/11, *Torsten Hörnfeldt contro Posten Meddelande AB*, par. 37. Sull'obbligo, per gli Stati membri, di trovare un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, si rinvia a CGUE, Grande Sezione, sentenza del 16 ottobre 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa*, cit., par. 71.

⁵⁵Per una ricostruzione sul principio di proporzionalità, anche a livello comunitario, cfr. V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, cui si rimanda altresì per la bibliografia ivi contenuta (spec. cap. II). In proposito, anche per un approfondimento sull'applicazione del principio di proporzionalità nella più recente giurisprudenza della CGUE, v. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2019, pp. 903 e ss.

4. La discriminazione per età prevista dalla normativa italiana in materia di accesso alla professione notarile e la sua compatibilità con il diritto dell'Unione europea.

Una volta delineato il quadro normativo UE in materia, possiamo quindi soffermarci sulla disciplina in materia di accesso alla professione di notaio e, quindi, sulla valutazione operata dalla CGUE in merito alla discriminazione per ragioni d'età ivi prevista, segnatamente con riferimento al requisito anagrafico (in negativo) stabilito ai fini della partecipazione al Bando.

Giova innanzitutto premettere che la normativa italiana non prevede, a livello generale, limiti anagrafici ai fini della partecipazione ai concorsi pubblici. Invero, con l'entrata in vigore della l. n. 15 maggio 1997, n. 127 (c.d. Legge Bassanini), recante «*Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*», è stata fissata la regola per cui, in linea di principio, «la partecipazione ai concorsi indetti da pubbliche amministrazioni non è soggetta a limiti di età, salvo deroghe dettate da regolamenti delle singole amministrazioni connesse alla natura del servizio o ad oggettive necessità dell'amministrazione»⁵⁶. Ne consegue che, nell'ambito dell'ordinamento italiano, eventuali previsioni di limiti di età possono essere previste, da norme, regolamenti o finanche dalla *lex specialis*, soltanto in casi particolari, ovvero in considerazione della natura e delle funzioni del servizio da svolgere.

Come già osservato in precedenza⁵⁷, il concorso notarile è disciplinato, a livello generale, dalla l. 6 agosto 1926, n. 1365 e ss.mm.ii. Con specifico riferimento al limite anagrafico previsto per l'accesso alla professione notarile, l'art. 1, co. 3, lett. *b*), della predetta legge (come modificato dall'art. 13 del d.lgs. 24 aprile 2006, n. 166) fissa il limite d'età a cinquant'anni. Il successivo art. 7 prevede invece un limite anagrafico per lo svolgimento della professione di notaio, stabilendo che «*I notari in esercizio sono dispensati dall'ufficio al compimento del settantacinquesimo anno di età, con decreto del Presidente della Repubblica*». In linea con quan-

⁵⁶Art. 3, co. 6, Legge Bassanini.

⁵⁷Cfr. par. 1.

to previsto dalla citata normativa, il Bando⁵⁸, oggetto della sentenza n. 914/2021 della CGUE, aveva quindi limitato la partecipazione al concorso a coloro i quali non avevano compiuto gli anni cinquanta. Detta previsione configura, di fatto, una disparità di trattamento fondata sull'età ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 e 2, par. 2, lett. a), della direttiva 2000/78/CE, atteso che «per il solo fatto di aver raggiunto i 50 anni di età, alcune persone sono trattate meno favorevolmente di altre che si trovano in situazioni analoghe»⁵⁹.

La Corte, nel ribadire l'ampia discrezionalità di cui godono gli Stati rispetto alle proprie politiche sociali e di occupazione (anche rispetto all'eventualità di stabilire discriminazioni fondate sull'età), ha innanzitutto precisato che l'omessa esplicitazione da parte dello Stato italiano, nella l. n. 1365/1926 e quindi nel Bando, delle giustificazioni fondanti la previsione di un requisito anagrafico, non comporta di per sé l'illegittimità della normativa interna rispetto alla direttiva 2000/78/CE⁶⁰. In questo senso, infatti, nell'ambito dell'attività valutativa di cui al considerando 15 della direttiva 2000/78/CE, possono assumere rilevanza tutti gli eventuali elementi – ulteriori rispetto alla normativa ovvero forniti direttamente in giudizio – che siano utili al giudice ai fini di un controllo sulla legittimità della misura discriminatoria rispetto agli scopi legittimamente perseguiti e dichiarati dal legislatore. Sulla base di questa premessa, la Corte ha quindi esaminato i tre obiettivi sottesi alla previsione di un limite massimo d'età per l'accesso alla professione, come dichiarati dal Governo italiano nelle «sue osservazioni scritte»: 1) garantire la stabilità dell'esercizio della professione di notaio per un arco temporale significativo prima del pensionamento, così da salvaguardare la sostenibilità del sistema previdenziale; 2) proteggere il buon funzionamento delle prerogative notarili, caratterizzate da un elevato grado di

⁵⁸Decreto del Direttore Generale del Ministero della Giustizia del 21 aprile 2016.

⁵⁹CGUE, Sez. II, sentenza del 3 giugno 2021, causa C-914/19, cit., par. 26.

⁶⁰Nello stesso senso v., già, CGUE, Grande Sezione, sentenza del 21 luglio 2011, cause riunite C-159/10 e C-160/10, *Gerhard Fuchs*, cit.

professionalità; 3) favorire il ricambio generazionale e il «ringiovanimento» del notariato⁶¹.

Rispetto alla prima giustificazione di natura previdenziale e alla sua astratta compatibilità con l'art. 6, par. 1, lett. c), della direttiva 2000/78/CE, la CGUE ha osservato che il diritto al versamento di una pensione per i notai che cessino la loro attività all'età massima di settantacinque anni (stabilita ex art. 7 della l. n. 1365/1926) è subordinato all'aver esercitato tale professione per almeno vent'anni⁶². In altri termini, le condizioni previste dalla Cassa Nazionale del Notariato, a tutela della sostenibilità del regime di previdenza sociale dei notai, sono poste in relazione alla durata minima di esercizio della professione e non al limite di cinquant'anni d'età ex art. 1, co. 3, lett. b), l. n. 1365/1926. Detta constatazione ha indotto la Corte a pronunciarsi sull'infondatezza della tesi proposta dal Governo italiano, con la precisazione che spetterà «al giudice del rinvio verificare» detta circostanza⁶³.

In relazione all'assunta necessità di preservare il buon funzionamento e la “qualità” delle prerogative notarili attraverso l'imposizione di un limite massimo d'età, la CGUE ha riscontrato una non corrispondenza con la vigente disciplina in tema di requisiti “professionali” per lo svolgimento dell'attività di notaio. In particolare, secondo quanto previsto dalla normativa italiana, l'esercizio di tale professione è subordinato al conseguimento della laurea in giurisprudenza, all'espletamento di una pratica notarile di 18 mesi, e, ancora, allo svolgimento, previo superamento delle prove di concorso, di un periodo di tirocinio obbligatorio di 120 giorni. Anche con riferimento a questo ulteriore profilo, la Corte ha dunque evidenziato l'irragionevolezza e la non necessità della misura discriminatoria prevista nel Bando rispetto allo scopo dichiarato dallo Stato italiano, «fatta salva la verifica al riguardo da parte del giudice del rinvio»⁶⁴.

⁶¹CGUE, Sez. II, sentenza del 3 giugno 2021, causa C-914/19, cit., par. 31.

⁶²Art. 10 del Regolamento relativo all'attività di previdenza sociale e di solidarietà della Cassa Nazionale del Notariato in Italia.

⁶³CGUE, Sez. II, sentenza del 3 giugno 2021, causa C-914/19, cit., par. 33.

⁶⁴*Ivi*, par. 35.

Infine, la CGUE si è soffermata sul terzo obiettivo del “ricambio generazionale” ovvero del “ringiovanimento del notariato”, preliminarmente sottolineando che trattasi di legittima finalità rientrante nell’ambito della politica interna in materia di mercato del lavoro⁶⁵, anche perseguita dalla normativa dell’Unione a livello generale⁶⁶ e, soprattutto, espressamente contemplata dall’art. 6, par. 1, della direttiva 2000/78/CE. In questo senso, la Corte ha riconosciuto, in astratto, la legittimità dell’obiettivo di prevedere una discriminazione per età al fine di realizzare una ripartizione equilibrata delle fasce di età tra giovani lavoratori e lavoratori più anziani, nell’ottica di agevolare l’occupazione dei giovani, ottimizzare la gestione del personale, prevenire eventuali controversie vertenti sull’idoneità del lavoratore ad esercitare la sua attività oltre una certa età e, infine, garantire un servizio di qualità nel settore notarile⁶⁷. Tuttavia, rispetto a tale inquadramento di ordine generale e all’ampio margine di discrezionalità riservato agli Stati in materia, nel caso di specie, la CGUE ha contestato la ragionevolezza della misura del limite anagrafico stabilito dalla l. n. 1365/1926, rispetto alla finalità di promuovere l’accesso dei giovani giuristi alla professione di notaio. Invero, secondo la Corte, da un lato «*il governo italiano non ha menzionato elementi diretti a dimostrare che le diverse fasce di età potrebbero entrare in concorrenza tra loro sul mercato del lavoro specifico delle attività notarili*», e, dall’altro, la tesi del ricambio generazionale risulta sconfessata dall’evidenza che «*al termine delle prove di tale concorso sono risultati vincitori solo 419 candidati, benché fossero stati banditi 500 posti che, conformemente all’articolo 1 di tale legge, erano riservati a persone di età inferiore a 50 anni*»⁶⁸. In altri termini, la previsione del limite anagrafico non è

⁶⁵La Corte ha già avuto modo di precisare che la promozione delle assunzioni costituisce incontestabilmente una finalità legittima di politica sociale e dell’occupazione degli Stati membri, specie nell’ipotesi in cui sia volta favorire l’accesso dei giovani all’esercizio di una professione. In proposito, si veda CGUE, Grande Sezione, sentenza del 19 luglio 2017, causa C-143/16, *Abercrombie*, cit., par. 37.

⁶⁶L’art. 3, par. 3, TUE, prevede che la promozione di un livello di occupazione elevato costituisce una delle finalità espressamente perseguite dall’Unione europea.

⁶⁷In tal senso, cfr. CGUE, Grande Sezione, sentenza del 21 luglio 2011, cause riunite C-159/10 e C-160/10, *Gerhard Fuchs*, cit., par. 50.

⁶⁸CGUE, Sez. II, sentenza del 3 giugno 2021, causa C-914/19, cit., par. 39.

stata giustificata né sulla base della (presunta) inidoneità di tali candidati ad esercitare la professione notarile, né tanto meno in ragione di una finalità di ricambio generazionale adeguatamente bilanciata con la salvaguardia di soggetti anziani (maggiormente vulnerabili), atteso che un rilevante numero di posti non è comunque stato assegnato ai giovani candidati – mentre aspiranti che avevano raggiunto il limite d'età di cinquant'anni sono stati privati *a priori* della possibilità di far valere le proprie competenze.

In sintesi, nell'esplicitare tutte le predette valutazioni in ordine alla (irr)ragionevolezza del limite d'età previsto dalla l. n. 1365/1926 ai fini dell'accesso alla professione di notaio, la CGUE ha demandato, in definitiva, al Giudice del rinvio ogni ulteriore verificare sul «*se l'articolo 1 della legge n. 1365/1926 consenta di conseguire quegli stessi obiettivi senza con ciò ledere in modo eccessivo gli interessi legittimi degli aspiranti alla professione di notaio di età pari o superiore a 50 anni*»⁶⁹. In proposito, ferma restando l'impossibilità di trattare in questa sede dello strumento del rinvio pregiudiziale alla CGUE nell'ambito della giustizia amministrativa⁷⁰, giova sottolineare che l'art. 267 TFUE istituisce una cooperazione diretta fra la CGUE e i giudici nazionali⁷¹, tale per cui alla prima spetta interpretare il diritto dell'Unione⁷² (senza attribuzioni nella definitiva risoluzione del caso) e, al Giudice interno, il ruolo di decisore della controversia – tramite l'eventuale disap-

⁶⁹*Ivi*, par. 42.

⁷⁰Per un approfondimento in materia di giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE, si veda S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale*, in *federalismi.it*, 4, 2021, pp. 126 e ss.

⁷¹In proposito, cfr. CGUE, *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*, 2018/C 257/01, poi 2019/C 380/01. Per un generale inquadramento del rinvio pregiudiziale quale strumento di dialogo tra giudice nazionale e CGUE, si vedano G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, 2021, cit., 290 ss.; A. ADINOLFI, *I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, in *I Post di ADISUE*, I, 2019, pp. 197 e ss.; R. MASTROIANNI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia tra tutela dei diritti e tenuta del sistema*, in *I Post di ADISUE*, I, 2019, pp. 197 e ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VII ed., Padova, 2012; T. GUARNIER, *Ruolo e funzioni del rinvio pregiudiziale nell'interpretazione delle direttive dell'Unione europea: il caso della relazione fra giudici italiani e Corte di Giustizia*, in *federalismi.it*, 1, 2017, pp. 2. e ss.

⁷²Sull'efficacia delle sentenze interpretative della CGUE si veda F. LUCIANÒ, *Riflessioni sull'efficacia delle sentenze interpretative della CGUE, a margine della sentenza sull'imponibilità dell'IVA delle lezioni di guida*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, pp. 495 e ss.

plicazione della norma nazionale ritenuta contraria al diritto UE⁷³. Quindi, a seguito della restituzione degli atti al Giudice *a quo* e della ripresa del relativo giudizio, in linea di principio emergono nuovamente i profili di autonomia dall'autorità giudiziaria interna, che in astratto potrebbe anche ritenere, laddove non abbia «ricevuto sufficienti chiarimenti», di adire nuovamente la CGUE⁷⁴.

Nel caso di specie, a seguito della sentenza della CGUE n. 914/2021, l'Amministrazione è poi intervenuta, in immediata applicazione del principio espresso dalla Corte europea, nell'ambito dell'ultimo concorso bandito per l'accesso alla professione di notaio, indetto con decreto dirigenziale 3 dicembre 2019⁷⁵ e tutt'oggi in atto. Invero, con decreto dirigenziale pubblicato sulla G.U. n. 48 del 18 giugno 2021, il Direttore Generale degli Affari Interni del Ministero della Giustizia ha prorogato di trenta giorni i termini per la presentazione delle domande di partecipazione al predetto concorso (già ri-aperte per effetto di un precedente decreto dirigenziale del 17 maggio 2021), al contempo precisando che avrebbero potuto «presentare la domanda anche i candidati che hanno già compiuto il cinquantesimo anno di età» (art. 1, co. 2). Tale decisione del Ministero si fonda sul principio espresso dalla CGUE con la sentenza n. 914/2021, ritenuta «idonea a produrre un effetto diretto nell'ordinamento nazionale, sì che la disposizione di legge di cui all'art. 1, comma 3, lettera b), della legge del 6 agosto 1926, n. 1365, che pone il limite dei cinquanta anni per l'ammissione al concorso deve essere immediatamente disapplicata».

5. Considerazioni conclusive.

Le precisazioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea, nell'ambito della sentenza n. 914 del 3 giugno 2021, confermano – in aderenza alla consolidata giurisprudenza in materia – che il principio di non discriminazione per età

⁷³Così, già, CGUE, *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*, 2016/C 439/01, punti 8 e 11; in giurisprudenza, si veda, per tutte, Corte della CEE, sentenza del 27 marzo 1963, Cause riunite 28, 29 e 30-62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV contro Amministrazione olandese delle imposte*.

⁷⁴Art. 104, par. 2, del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

⁷⁵Publicato in G.U. n. 97 del 10 dicembre 2019.

non è caratterizzato dall'assolutezza della sua applicazione, contrariamente a quanto si è talvolta affermato con riferimento ad altre categorie di discriminazione⁷⁶. Invero, la Corte, pur fornendo in definitiva un giudizio negativo rispetto al limite anagrafico previsto dalla normativa italiana sul concorso notarile, ha rimarcato, in diversi punti della predetta sentenza, che il divieto di operare differenziazioni di trattamento in funzione dell'età non assume carattere assoluto – attese le eccezioni previste dalla direttiva 2000/78/CE agli artt. 2, par. 5, 4, par. 1, e 6, par. 1. Ovviamente, eventuali misure di *age discrimination*, per quanto ricadenti nell'ambito delle competenze riservate agli Stati⁷⁷, devono pur sempre rispettare la condizione della ragionevolezza, il che «*comporta comunque l'esigenza di un'adeguata giustificazione idonea, che deve consentire di escludere qualsiasi sospetto di arbitrarietà nella scelta operata da parte del legislatore o delle altre sedi istituzionali nelle quali siano stati decisi trattamenti differenziati sulla base dell'età*»⁷⁸.

D'altro canto, come emerge anche dall'indagine normativa e giurisprudenziale condotta sin qui, all'ampiezza del margine di discrezionalità di cui godono gli Stati in materia (specie della definizione degli obiettivi di cui alla deroga prevista dall'art. 6, par. 1, della predetta direttiva) ha fatto da contraltare un

⁷⁶In generale, l'ambito di applicazione materiale del principio di non discriminazione si può definire a "geometria variabile", nel senso che può variare rispetto al motivo o alla tipologia di discriminazione che viene in gioco. Ad esempio, la tutela avverso le discriminazioni sulla base dell'età, dell'orientamento sessuale, della religione e della disabilità è limitata soltanto alle discriminazioni legate al rapporto di lavoro. A fronte di un sistema normativo che tutela l'uguaglianza per lo più in un ambito settoriale (rapporti che caratterizzano la sfera lavorativa e la formazione professionale), l'UE ha avviato nel 2008 un percorso di riforma finalizzato a fornire una disciplina generale per quanto concerne l'attuazione del principio di non discriminazione in ogni materia, anche al di fuori dell'ambito lavorativo. In questo senso, il passo più importante è il progetto di direttiva 2008(426) COM, la cui procedura di adozione sembra tuttavia essersi arenata. Il testo consolidato della proposta presentato il 22 novembre 2018 dal Segretariato Generale del Consiglio alle delegazioni degli Stati membri (doc. 12956/18) è liberamente consultabile al seguente link <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12956-2018-INIT/en/pdf>. Per un approfondimento sulla normativa e sulla giurisprudenza, relativamente a ciascuna tipologia di discriminazione, cfr.: EPRS, *I principi di uguaglianza e non discriminazione, una prospettiva di diritto comparato*, in *Unità Biblioteca di diritto comparato*, cit., pp. 23-52; Corte EDU, Consiglio d'Europa, Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione – Edizione 2018*, Lussemburgo, 2019, pp. 41-99.

⁷⁷CGUE, Grande Sezione, sentenza del 21 luglio 2011, cause riunite C-159/10 e C-160/10, *Gerhard*, cit.

⁷⁸S.M. CARBONE, *Discriminazioni sulla base dell'età tra principi generali UE e criteri applicativi*, cit., p. 29.

cospicuo numero di ricorsi e impugnazioni in materia di concorsi pubblici. Invero, negli ultimi anni si è assistito ad un aumento, anche in Italia, del numero di controversie promosse avverso misure nazionali che stabiliscono limiti anagrafici⁷⁹. Tale incremento di contenzioso si è progressivamente realizzato in coerenza con una specifica evoluzione della giurisprudenza CGUE, nell'ambito della quale può registrarsi, a partire dal 2011⁸⁰, un'inversione di tendenza ovvero una maggiore rigidità nell'interpretazione del parametro normativo europeo.

In questo quadro, si inseriscono anche due recenti rinvii pregiudiziali del Consiglio di Stato alla CGUE, sempre in materia di limiti anagrafici nell'ambito di pubblici concorsi. Si tratta delle ordinanze n. 3272 del 23 aprile 2021 e n. 4961 del 30 giugno 2021, con le quali il Consiglio di Stato, rispettivamente, Sez. IV e Sez. II, ha sostanzialmente interrogato la Corte sulla compatibilità, con il diritto UE, del limite anagrafico stabilito dalle normative interne ai fini dell'accesso ai ruoli della Polizia di Stato, segnatamente rispetto a due funzioni: il commissario e il funzionario tecnico psicologo. In particolare, il Consiglio di Stato ha dubitato, nel primo caso, della compatibilità con il diritto UE del «*limite di età pari a trent'anni nella partecipazione ad una selezione per posti di commissario della carriera dei funzionari della Polizia di Stato*»⁸¹, mentre, nel secondo, del «*limite massimo di trenta anni per la partecipazione al concorso dall'esterno anche per l'accesso al ruolo dei funzionari tecnici psicologi della Polizia di Stato*»⁸². Per quanto le due questioni pregiudiziali possano sembrare *prima facie* sovrapponibili, giova precisare che, già alla lettura del testo dell'ordinanza n. 4961/2021, si può cogliere una sostanziale differenza “di prospettiva” tra i due casi. Infatti, la Sez. II sottolinea di nutrire dubbi solo ed esclusivamente rispetto all'estensione del limite d'età – previsto in generale per l'accesso alla carriera in Polizia di Stato – «*ai funzionari*

⁷⁹La proliferazione, a partire dal 2011, di giudizi avverso misure discriminatorie fondate sull'età, è stata riscontrata, in comparazione con altri ambiti, già da G. BAGIONI, *Il principio di non discriminazione sulla base dell'età. In margine al caso Kucukdeveci*, cit.

⁸⁰In questo senso, lo spartiacque nella giurisprudenza UE è segnato da CGUE, Grande Sezione, sentenza del 13 settembre 2011, causa C-447/09, *Reinhard Prigge*, cit.

⁸¹Cons. Stato, Sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3272, par. 1 del punto 6 «*Formulazione dei quesiti e rinvio alla Corte*».

⁸²Cons. Stato, Sez. II, 30 giugno 2021, n. 4961, punto E).

tecnici del ruolo degli psicologi» e non anche «della conformità al diritto unionale di ogni normativa nazionale» che fissa limiti di età per tutti gli altri ruoli «operativi» e «direttivi»⁸³ (invece oggetto dell'ordinanza n. 3272/2021 della Sez. IV).

Anche alla luce delle ordinanze del Consiglio di Stato appena richiamate, è interessante interrogarsi sull'adeguatezza del quadro normativo europeo e delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza della CGUE, rispetto al tema degli indici di valutazione che dovrebbero guidare già – e soprattutto – i giudici interni, nella verifica delle misure di differenziazione di trattamento. In questo senso, a fronte di pronunce della Corte europea volte a definire criteri standard per svolgere l'attività di controllo sulla ragionevolezza delle disposizioni nazionali⁸⁴, si registra una certa tendenza della giurisprudenza interna a demandare alla CGUE ogni valutazione in termini di adeguatezza e proporzionalità delle misure ritenute discriminatorie, rispetto ai fini perseguiti. Come emerge dalla giurisprudenza sin qui richiamata, i profili posti all'attenzione della CGUE che appaiono determinanti ai fini dei rinvii pregiudiziali riguardano, per lo più, la ragionevolezza della misura discriminatoria rispetto al fine (legittimo) dichiaratamente perseguito dallo Stato. In quest'ottica, la Corte europea finisce per pronunciarsi *de facto* sulla “giustificabilità” delle misure discriminatorie in relazione al contesto normativo (e non solo) interno, il che significa, prendendo in esempio la sentenza n. 914/2014, confrontare il limite anagrafico previsto nel Bando di concorso da notaio (misura discriminatoria) con le disposizioni della l. n. 1365/1926, con il Regolamento relativo all'attività di previdenza sociale e di solidarietà della Cassa Nazionale del Notariato in Italia e, infine, con i dati statistici dei soggetti risultati idonei al concorso. Tuttavia, siffatto tipo di valutazione spetterebbe, in linea di principio e secondo quanto previsto anche dal considerando n. 15 della direttiva 2000/78/CE, «alle autorità giudiziarie nazionali o ad altre autorità competenti conformemente alle norme e alle prassi nazionali». Né può

⁸³Cons. Stato, Sez. II, 30 giugno 2021, n. 4961, punti A) e B).

⁸⁴Cfr. CGUE, Grande Sezione, sentenza del 5 marzo 2009, causa C-388/07, *The Queen*, cit.

ritenersi sufficiente, a dimostrazione di un ruolo decisivo del giudice interno, la circostanza che la CGUE – alla luce del principio di leale collaborazione che ispira il rinvio pregiudiziale – riconosca alle autorità giudiziarie nazionali il potere di compiere comunque “ulteriori verifiche”, con riferimento a valutazioni di merito già sostanzialmente svolte. Del resto, proprio nella controversia in commento, la “decisività” del giudizio espresso dalla CGUE è dimostrata dall'immediata attuazione che il Ministero ha dato alla sentenza n. 914/2021 con il già citato decreto dirigenziale, relativo al concorso per notai indetto nel 2019.

A fronte di tale situazione, si profilano due possibili scenari per il futuro: o aumenterà ancor di più il numero delle controversie e quindi dei casi di rinvii pregiudiziali alla CGUE, oppure gli Stati potrebbero decidere, vista la crescente rigidità della Corte nell'interpretazione della direttiva 2000/78/CE, di non prevedere limiti anagrafici per la maggior parte dei concorsi pubblici. Entrambi gli scenari rischiano, però, di produrre un paradosso. Invero, nonostante l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto dalla normativa UE ai Paesi membri in materia di *age discrimination*, in entrambe le ipotesi gli Stati finirebbero di fatto per “non decidere”: in un caso, perché “la parola decisiva” spetterebbe in sostanza alla CGUE; nell'altro, perché si eviterebbero, a scopo precauzionale, scelte “di merito” nella definizione delle politiche interne sociali e di occupazione.

FABIO PACINI

Ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico

Dipartimento DEIM dell'Università degli Studi della Tuscia

pacini@unitus.it

**DISUGUAGLIANZE E TECNICHE LEGISLATIVE. IL CASO
DI UN RIASSETTO DI SETTORE “PROMESSO” E MAI
ATTUATO**

**INEQUALITIES AND LEGISLATIVE TECHNIQUES. THE CASE OF
A SECTORAL REORGANISATION “CODE” THAT WAS
“PROMISED” AND NEVER IMPLEMENTED**

SINTESI

Nel variegato panorama delle tecniche legislative, un posto di rilievo è occupato dal versante del riassetto della normativa vigente: l'ordinamento così “ricomposto” risulta potenzialmente più efficace nella tutela dei diritti, aumentando la capacità d'incidenza sulla realtà.

Nel contributo si lega dunque tale tema a quello della disuguaglianza, cogliendo lo spunto da un ambizioso disegno di legge delega in materia di disabilità, che è stato approvato e comunicato a seguito di un Consiglio dei Ministri nel 2019 (Governo Conte I) ma non presentato successivamente alle Camere.

ABSTRACT

In the variegated panorama of legislative techniques, an important place is occupied by the reorganization of the existing legislation: the legislative system "recomposed" in this way is potentially more effective in the protection of rights, increasing its ability to impact on reality.

The contribution therefore links this theme to that of inequality, taking its cue from an ambitious bill on disability, which was approved and communicated following a Council of Ministers meeting in 2019 (first Conte Government) but not subsequently submitted to Parliament.

PAROLE CHIAVE: tecniche legislative, disuguaglianze, disabilità, delega, valutazione delle politiche

KEYWORDS: legislative techniques, inequalities, disability, delegation, policy evaluation

INDICE: 1. Premessa. – 2. Riordino e innovazione: dai *testi unici* ai *codici di settore*; 3. Il disegno di legge delega per un Codice relativo alla persona con disabilità; 3.1. Il procedimento di adozione dei decreti legislativi; 3.2. Monitoraggio e (tentativi di) valutazione nel percorso di attuazione della legge delega

1. Premessa

Alcuni anni fa, i principali «*punti di emersione*» della crisi della legge sono stati autorevolmente identificati in tre filoni: «*a) troppe leggi e troppi atti normativi; b) leggi ed atti normativi di scarsa o scarsissima qualità; c) pluralità dei “tipi” di leggi e disordine nei rapporti tra i tipi di fonti del diritto*»¹.

A fronte di questa ed a innumerevoli altre “denunce” su questi temi, si sono susseguite una pluralità di risposte, istituzionali e non²; si è formata, nei fatti e poi nella ricostruzione, una sorta di nuova branca degli studi giuridici, quella – appunto – delle “tecniche legislative”³.

Nella dottrina italiana tali tecniche sono state così ripartite, secondo uno schema destinato ad una notevole fortuna: «*a) il primo campo è costituito dalla redazione e scrittura del testo [...]; b) il secondo campo è costituito dall'analisi delle procedure, dal primo impulso verso l'atto fino al momento finale che precede la fase della sua attuazione [...]; c) il terzo campo è costituito dall'attività di analisi ex ante di un progetto per verificare preventivamente le sue possibilità di successo [...]; d) il quarto campo è costituito dall'attività di analisi ex post dello stato di cose susseguente ad una legge (o atto normativo), per verifi-*

¹F. MODUGNO, A. CELOTTO, M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla “crisi” della legge*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 3-4/1999, 7 ss., anche in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, Milano, Giuffrè, 2000, p. 9.

²Per una rassegna senza alcuna pretesa di completezza ci si permette di rimandare, volendo, a F. PACINI, *La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, in part. p. 33 ss.

³Si veda E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019 per un'ampia panoramica ed una contestualizzazione di ciascuno strumento. Cfr. in precedenza R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, Giuffrè, 2004.

care successivamente se e in che misura gli obiettivi voluti sono stati perseguiti e i risultati attesi sono stati raggiunti»⁴.

In questo variegato panorama, un posto di rilievo è notoriamente occupato dal versante del riassetto della normativa vigente: anche solo risistemare enunciati normativi all'interno di un sistema organico significa guidare in maniera più stringente l'opera dell'interprete. Non solo: l'ordinamento "ricomposto" si fa meno puntiforme e frammentario, quindi potenzialmente più efficace nella tutela dei diritti, aumentando la capacità d'incidenza sulla realtà.

Appare quindi interessante legare questo tema a quello della disuguaglianza, cogliendo lo spunto da un ambizioso disegno di legge delega in materia di disabilità⁵, che – come si dirà – è stato approvato e comunicato a seguito di un Consiglio dei Ministri nel 2019 (Governo Conte I) ma poi, forse complici le vicende politiche di poco successive⁶, mai neppure presentato alle Camere.

Si consideri, infatti, la sfida posta al riassetto da questo tema: appare ben difficile ricondurre la disabilità a concetto astratto, laddove quel che è tangibile è l'esistenza di persone con differenti disabilità⁷. E ciascuna persona con disabilità ha diritto a veder rispettata la propria peculiare storia e le proprie aspirazioni, inclinazioni e progetti, insuscettibili di essere ricondotti a una sola "materia". Dunque, in un'ottica orientata ai diritti ed alla loro effettività, per un riassetto è necessario tagliare trasversalmente l'agire pubblico, incentrando il testo sulla persona del destinatario, adottando una prospettiva volta a cogliere il complesso (e la complessità) degli interventi ma, soprattutto, della volontà e

⁴G.U. RESCIGNO, voce *Tecnica legislativa*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, Treccani, 1993, p. 2.

⁵Naturalmente amplissima la bibliografia sul tema; oltre ai riferimenti di cui *infra*, specificamente nella prospettiva della disuguaglianza e dei suoi rimedi in prospettiva costituzionalistica si rimanda ad A. LORENZETTI, *Dis-eguaglianza e disabilità*, in M. Della Morte (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale. Atti del Convegno di Campobasso 19-20 giugno 2015*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 173 ss.

⁶Per un'analisi delle quali si rimanda ai contributi in F. PACINI, E. ROSSI (a cura di), *I vapori del cambiamento. Spigolature sui Governi Conte*, Pisa, Pisa University Press, 2021.

⁷La stessa Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità parla, nel Preambolo, di disabilità come «concetto in evoluzione». Cfr. per gli aspetti definitori L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale*, in F. Cortese e M. Tomasi (a cura di), *Le definizioni nel diritto*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016, p. 335 ss.

delle aspirazioni della persona con disabilità. Al contempo, il fatto stesso di identificare appunto un settore e sottoporlo al riassetto general il rischio di aumentare quel “sezionalismo” dal quale, secondo autorevoli analisi, è affetta da sempre proprio l'azione nel sociale da parte dello Stato italiano⁸.

Nella consapevolezza di questo delicato equilibrio, si ripercorreranno dunque brevemente alcune tappe del riassetto normativo nella storia italiana per concentrarsi poi sul disegno di legge che avrebbe dovuto portare ad un “Codice della persona con disabilità”, tratteggiandone alcune caratteristiche salienti in punto di tecniche legislative come sopra definite.

2. Riordino e innovazione: dai *testi unici* ai *codici di settore*

Sin dalla formazione dello stato unitario, le riforme settoriali italiane sono state spesso accompagnate da collazioni del materiale normativo sparso che andava a comporre poi il “testo unico”⁹, quale modello sorto, appunto, con funzione unificante (e uniformante¹⁰) da parte dello Stato di alcuni grandi settori della vita del cittadino. Per contro, è appena il caso di precisare come la parola “codice” sia rimasta a lungo legata all'esperienza delle grandi codificazioni secondo il modello napoleonico.

Nel contesto attuale è noto, invece, che il sistema legislativo sia percepito in uno stato di caotica stratificazione che porta continuamente la dottrina – e lo stesso legislatore! – ad auspicare o promuovere interventi di “semplificazione”, peraltro intendendo con ciò anche concetti molto diversi l'uno dall'altro¹¹. In particolare e per quanto qui rileva, attese la molteplicità e la complessità dei compiti di regolazione che lo Stato è oggi chiamato a svolgere si è affermata –

⁸Per tutti, specificamente sul punto S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 293 ss.

⁹Per un sintetico *excursus* storico, si rimanda a R. VIRIGLIO, *La neocodificazione: riordino e riforma della legislazione per mezzo di testi unici e codici*, Napoli, Jovene, 2007, p. 9 e ss.

¹⁰Cfr. quanto premesso da P. ADDIS, *Francia: l'istituzione dell'Haut Conseil à la Vie Associative, Non profit*, 2013, 4, p. 141 e ss.

¹¹Per tutti si vedano E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, cit. e S. Panizza (a cura di), *La qualità degli atti normativi e amministrativi*, Pisa, Pisa University Press, 2016.

dopo un cammino tutt'altro che lineare – l'idea di procedere ad un riassetto per singoli settori.

Il che pone, anzitutto, l'interrogativo su quale sia il grado di innovatività di ciascuna operazione; se si tratti, cioè, di mero coordinamento o di riforma contestuale al riordino.

Si tratta di una questione di non poco momento poiché, a seconda della scelta operata dal legislatore fra tali due possibilità, muta il giudizio di idoneità dello strumento utilizzato a raggiungere lo scopo perseguito.

In questa prospettiva, appare utile rammentare che, dopo l'infelice parentesi dei testi unici misti (comprendenti cioè disposizioni legislative e regolamentari insieme), la politica di riassetto normativo dell'ordinamento italiano si è indirizzata sullo strumento, appunto, dei codici di settore a seguito di legge delega, basati – in particolare – sullo schema dell'art. 20 della l.n. 59 del 1997 come novellato, da ultimo, dalla l.n. 246 del 2005 e “affinato” con l'intervento del Consiglio di Stato in sede consultiva (in part. Cons. Stato, ad. gen. 25 ottobre 2004)¹²; si è inteso, con ciò, riorientare la semplificazione normativa verso una più spiccata innovatività e coerenza interna dei testi¹³.

Gli ultimi decenni sono stati nel complesso caratterizzati da una politica di semplificazione che può dirsi continua e discontinua al contempo¹⁴: si dichiara una costante tensione per il fine, ma si susseguono mezzi diversi. Peraltro, anche la riforma del Titolo V della Costituzione ha contribuito a cambiare almeno in parte i termini del dibattito sulle politiche di semplificazione normati-

¹²Cfr., diffusamente, G. SAVINI, *Esperienze di nuova codificazione: i “codici di semplificazione di settore”*, Padova, Cedam, 2007, p. 55 ss.

¹³Come indicato dallo stesso art. 20 della l.n. 59 del 1997, peraltro, l'operazione di riassetto delle disposizioni primarie non dovrebbe prescindere dal contestuale riassetto delle disposizioni di rango regolamentare; deve cioè trattarsi di due testi separati, ma pensati e “costruiti” nell'ambito di una stessa operazione (com'è, del resto, accaduto nel caso del d.lgs. n. 66 del 2010, Codice dell'ordinamento militare, che ha visto la luce assieme al d.P.R. n. 90 del 2010, comprendente le disposizioni regolamentari nella stessa materia e organizzato secondo lo stesso schema). Al contempo, però, tali interventi sono chiamati ad accompagnarsi all'espressa indicazione, già nella legge delega, delle disposizioni abrogate in quanto sostituite dai nuovi testi normativi.

¹⁴Cfr. B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, il Mulino, 2011, p. 190 ss.

va, non solo per il più ampio spazio che si trovano ad avere le Regioni¹⁵, ma soprattutto per il diverso ruolo che viene attribuito alla normativa statale nel suo complesso, in grado, almeno teoricamente, di incidere su qualunque attività di semplificazione o riassetto¹⁶.

Valgono però per tutti i livelli di governo le considerazioni svolte dal Consiglio di Stato, per il quale «*se il modello illuministico della codificazione è sicuramente scomparso [...], l'esigenza di raccogliere organicamente le norme che disciplinano una stessa materia si fa sempre più pressante: tale esigenza ha consentito, negli ultimi anni, un ritorno anche del concetto di codificazione [...]. Siamo in una fase storica nella quale all'idea regolativa del codice si è sostituita l'esistenza di discipline sistematicamente organizzabili in una pluralità di codici di settore*»¹⁷.

D'altra parte, accanto alla frammentazione – per così dire – “patologica” della normativa vi è anche la “fisiologica” pluralità di fonti dovuta alla presenza di un contesto multiforme: questa ricchezza di esperienze non deve in alcun modo risultare sacrificata dal riassetto della normativa e la sua risistemazione in un *corpus* unitario, risultandone piuttosto valorizzata per il tramite un quadro normativo accessibile e chiaro.

Al contempo, considerando l'ineliminabile funzione (anche) “comunicativa” di un testo di legge, un'operazione del genere ha senso se volta ad impostare ed accompagnare concretamente quel cambio di paradigma culturale che – nel solco tracciato dalla Costituzione – porti ad una concezione orientata ai diritti della *persona*, e in particolare della persona con disabilità. È questo il cambio culturale a cui deve mirare uno strumento giuridico di riassetto che possa poi risultare la base sulla quale innestare riforme ulteriori. D'altra parte, è appe-

¹⁵Va detto che proprio le Regioni si sono dimostrate da sempre più recettive degli stimoli provenienti dalla dottrina con riferimento alle tecniche normative. Si vedano ad esempio il capitolo *La qualità della legislazione regionale*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, Grafo, 2011, p. 277 ss. e il Libro III di P. Costanzo (a cura di), *Codice di drafting*, in www.tecnichenormative.it. (costantemente aggiornato).

¹⁶Si rimanda in proposito a V. CASAMASSIMA, *Le leggi annuali di semplificazione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in P. Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, Giapichelli, 2003, p. 272 s.

¹⁷Cons. Stato, ad. gen. 25 ottobre 2004, par. 2.3

na il caso di ribadire che nelle politiche relative alla persona con disabilità è particolarmente stringente la necessità di garantire concreta attuazione a diritti che richiedono, spesso, una pluralità d'interventi coordinati¹⁸.

Tuttavia, ad avviso del Consiglio di Stato, un possibile risvolto negativo della codificazione di settore è dato proprio dal «*frazionamento degli aspetti soggettivi che contrasta con riordino e semplificazione*», per cui «*la codificazione di settore [...] non deve condurre al paradosso di sconfessare le finalità stesse dell'accorpamento e portare a conseguenze ulteriori la decodificazione. Si potrebbero inoltre causare antinomie e incongruenze tra i codici di settore, frammentando ulteriormente l'ordinamento in sottosistemi a principi separati e autonomi, con discontinuità, contraddizioni e incertezze reciproche [...]*»¹⁹. Il Consiglio di Stato ha, dunque, operato una condivisibile distinzione fra i casi nei quali il decentramento di norme generali in codici di settore è accettabile e quelli nei quali, invece, sortirebbe effetti negativi: il discrimine sta nelle caratteristiche di «*complessità, specialità, tecnicismo circa rapporti interpretati connotati da una funzione di protezione o di garanzia*»²⁰. Rischi, del resto, ben noti in dottrina²¹.

¹⁸E. ROSSI, *Agire per la tutela dei diritti oggi: alcune considerazioni*, in M. Campedelli, P. Carrozza e L. Pepino (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 451 ss.; *amplius*, ID., *Commento all'art. 2* e A. GIORGIS, *Commento all'art. 3, comma 2*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, UTET, 2006; cfr. A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 14 ss. Si vedano inoltre, specificamente sulla disabilità, G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità durante la crisi economica*, in M. D'Amico e F. Biondi (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, FrancoAngeli, 2017, p. 209 ss. ed E. VIVALDI, *Disabilità e diritti sociali: dal contesto internazionale a quello regionale*, in F. Biondi Dal Monte ed E. Vivaldi (a cura di), *Disabilità e "dopo di noi". Strumenti ed esperienze*, Firenze, Cesvot, 2013, p. 17 ss. Per riferimenti ulteriori alla tutela "multilivello" si veda di recente P. ADDIS, *Suonala ancora Sam: la Corte di giustizia dell'Unione europea e le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità sul posto di lavoro*, in *DPCE Online*, n. 4/2020, p. 2971 ss.; diffusamente, A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma*, cit., in part. p. 48 ss., e in precedenza C. COLAPIETRO e A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 297 ss.; C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 41 ss.; cfr. R. BELLI, *Vivere eguali. Disabili e compartecipazione al costo delle prestazioni*, Milano, FrancoAngeli, 2014, p. 25 ss.

¹⁹Cons. Stato, adunanza del 24 febbraio 2010, par. 1.2.

²⁰*Ibidem*.

²¹N. IRTI, «*Codici di settore*»: *compimento della "decodificazione"*, in *Diritto e società*, n. 2/2005, p. 131 ss. Cfr. R. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 117 ss. In precedenza su questi temi, ovviamente, dello stesso N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

3. Il disegno di legge delega per un Codice relativo alla persona con disabilità

Un banco di prova interessante rispetto a quanto si è detto è rappresentato dal disegno di legge, approvato il 28 febbraio 2019 dal Consiglio dei Ministri, recante una delega al Governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità²². Nelle politiche relative alla persona con disabilità è, con tutta evidenza, stringente la necessità di garantire concreta attuazione a diritti che richiedono, spesso, una pluralità d'interventi coordinati. La garanzia dell'effettività di tali diritti ha una diretta derivazione costituzionale, come appare fin dalla limpida formulazione degli articoli 2 e 3 Cost.; è inoltre presente, oggi, una rilevante "copertura" proclamata a livello sovranazionale²³.

Ai sensi dell'art. 1 del testo poc'anzi menzionato, il Governo è delegato ad adottare, entro due anni dalla data di entrata in vigore della legge, «*uno o più decreti legislativi volti ad armonizzare, riordinare e semplificare, anche innovandole, le disposizioni vigenti in materia di disabilità, anche ai fini della definizione [appunto] del Codice per la persona con disabilità*». Al di là della sua scarsa portata normativa (al massimo di ausilio all'interpretazione), è degno di nota e di una certa consapevolezza del quadro costituzionale e sovranazionale il richiamo, nel citato art. 1, all'attuazione «*degli articoli 2, 3, 31, 32, 34, 35 e 38 della Costituzione, degli articoli 21 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*» ed all'«*armonia con i principi sanciti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, e con il quadro delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa in materia di disabilità*».

L'art. 2 delimita invece l'oggetto della delega: vi è un elenco, dalla a) a i), dei settori nei quali i decreti legislativi sono chiamati ad intervenire, dalla definizio-

²²Sul quale, ampiamente, si veda A. BLASINI, E VIVALDI (a cura di), *Verso il "Codice della persona con disabilità"*, Pisa, Pisa University Press, 2021. Di recente cfr. altresì F. SANCHINI, *I diritti delle persone con disabilità tra dimensione costituzionale, tutela multilivello e prospettive di riforma*, in *federalismi.it*, n. 24/2021, in part. p. 188 ss.

²³Cfr. in part. P. ADDIS, *Suonala ancora Sam: la Corte di giustizia dell'Unione europea e le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità sul posto di lavoro*, cit. p. 2971 ss.

ne della condizione di disabilità al suo accertamento, fino alla disciplina dei relativi benefici etc.²⁴.

I principi e i criteri della delega sono invece elencati all'art. 3, ove si va dalla lettera a) alla lettera p), e in alcuni di questi punti si prevede una sottopartizione indicata da numeri.

Ai fini di questo contributo, appare il caso di esaminare partitamente le lettere dalla a) alla e), in quanto direttamente concernenti l'operazione sotto il profilo della tecnica con la quale si delega il potere normativo al Governo.

In particolare, la lettera a) prevede che il legislatore delegato debba «organizzare le disposizioni per settori omogenei o per specifiche attività o gruppi di attività»; e ciò risulta appunta in coerenza con l'obiettivo di un riassetto del materiale normativo in precedenza «sparso», sull'assunto per il quale una volta «riordinato» lo stesso possa essere più comprensibile e fruibile dagli operatori del diritto così come dai diretti interessati. Di particolare interesse è poi la lettera b), secondo la quale il Governo è chiamato a «*coordinare sotto il profilo formale e sostanziale il testo delle disposizioni legislative vigenti anche di recepimento e attuazione della normativa europea, apportando le opportune modifiche volte a garantire o migliorare la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa*». Non a caso, infatti, la successiva lettera c) precisa che il Governo deve «*adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo*».

Per cogliere l'importanza di ciò basta, ad esempio, riflettere sul fatto che nell'ordinamento vi sono numerose parole e locuzioni per indicare la persona con disabilità, assai spesso desuete se non, addirittura, offensive o comunque ormai percepite come sgradevoli: si pensi, per tutte, alla l. 5 febbraio 1992, n. 104, che fa riferimento alla «*persona handicappata*»²⁵.

²⁴Per comodità, si elencano qui per esteso: a) definizione della condizione di disabilità; b) accertamento e certificazione; c) disciplina dei benefici; d) sistemi di monitoraggio, verifica e controllo; e) promozione della vita indipendente e contrasto dell'esclusione sociale; f) abilitazione e riabilitazione; g) istruzione e formazione; h) inserimento nel mondo del lavoro e tutela dei livelli occupazionali; i) accessibilità e diritto alla mobilità.

²⁵Sul rilievo del linguaggio normativo si veda, per tutti, SENATO DELLA REPUBBLICA, *Le parole giuste. Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia. Atti del convegno di presentazione del progetto di ricerca e formazione*, Roma, 2017.

Doveroso – e cruciale per una buona riuscita dell'operazione sotto il profilo della qualità normativa – è poi quanto indicato alla lettera *d*), la quale richiede l'espressa indicazione delle norme da abrogare, fatta salva comunque l'applicazione dell'articolo 15 delle Preleggi.

Non brilla per chiarezza invece il contenuto della lettera *e*): «assicurare l'unicità, la contestualità, la completezza, la chiarezza e la semplicità della disciplina relativa a ogni attività o gruppo di attività». Non si comprende, infatti, in che rapporto ciò debba stare con quanto previsto alla citata lettera *a*); si potrebbe soltanto ipotizzare che la lettera *e*) insista sul piano “sostanziale” di quanto la lettera *a*) prevede di fare sotto il profilo formale. Tuttavia, se così fosse, residua il dubbio sul perché, allora, la lett. *e*) si riferisca alla *disciplina* e non all'attività in sé.

3.1. Il procedimento di adozione dei decreti legislativi

Merita senz'altro attenzione l'art. 1 comma 4, laddove delinea un procedimento articolato per l'adozione dei decreti legislativi, prevedendo che «*I decreti legislativi di cui al comma 1, sono adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, del Ministro delegato per la pubblica amministrazione e del Ministro per la famiglia e le disabilità, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con gli altri Ministri competenti. Sugli schemi di decreti legislativi è acquisito il parere della Conferenza Unificata che è reso nel termine di quarantacinque giorni dalla data di trasmissione di ciascuno schema, decorso il quale il Governo può comunque procedere, o, ove occorra, è acquisita l'intesa della medesima Conferenza ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 281 del 1997*».

Come riportato nel *Rapporto sullo stato della legislazione* con riferimento a 2017 e 2018, la «*tendenza più interessante della giurisprudenza del biennio preso in esame è costituita dall'attenuazione del risalente orientamento per il quale il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo*», diversamente da quanto ribadito in alcune occasioni (sent. n. 65 del 2016 e sent. n. 43 del 2016) dalla stessa Corte costituzionale, ovvero che la funzione legislativa ed il suo procedimento non sono soggetti alle procedure di leale collaborazione.

Quella innanzi riportata non è però una novità. Già nel precedente *Rapporto* si notava infatti come la configurazione regionalista ed autonomista dello Stato implicasse, alla luce dell'assetto competenziale delineato in Costituzione, «una condivisione dei percorsi di riforma», rilevando come proprio la legislazione delegata risultasse «funzionale anche a facilitare tale condivisione, almeno a livello governativo, consentendo l'espressione di pareri ed intese della Conferenza Stato-Regioni o della Conferenza unificata sugli schemi dei decreti legislativi»²⁶.

Anche rispetto a deleghe non di solo riassetto, l'attività consultiva *de qua* ha ricevuto una valorizzazione in tempi recenti ad opera della sentenza con cui la Corte costituzionale nel 2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune deleghe ex l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. *Legge Madia*) nella parte in cui prevedono «che i decreti legislativi attuativi siano adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni», oppure «previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata»²⁷. Ciò, però, si spiega alla luce del fatto che nel caso di specie risulta «paleso il concorso di competenze, inestricabilmente connesse, nessuna delle quali si rivela prevalente», per cui il – pur lecito – intervento del legislatore statale deve «muoversi nel rispetto del principio di leale collaborazione, indispensabile anche in questo caso a guidare i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie». Dunque, poiché le disposizioni impugnate toccano «sfere di competenza esclusivamente statali e regionali, il luogo idoneo di espressione della leale collaborazione deve essere individuato nella Conferenza Stato-Regioni»²⁸, e solo l'intesa in tal sede, contraddistinta da una procedura che consente lo svolgimento di genuine trattative, garantisce un reale coinvolgimento delle autonomie coinvolte²⁹.

Ancor più di recente, quanto appena riportato è stato precisato *a contrario*: con sentenza n. 161 del 2019, la Corte ha statuito che «la riconduzione alla compe-

²⁶Così la *Nota di sintesi* del *Rapporto sullo stato della legislazione 2015-2016*, p. 21 s.

²⁷Corte Cost., sent. 25 novembre 2016, n. 251. Inoltre, i termini della sentenza sono stati precisati in seguito dalla stessa Corte Cost., sent. 13 dicembre 2017, n. 261 (in part. punto 6.2.4. del *Cons. in dir.*), con particolare riferimento alla possibilità – ma anche e soprattutto il dovere – per le Regioni di impugnare la stessa legge delega, qualora essa sia «connotata da un tasso di specificità e concretezza tale da comportare una lesione dell'interesse della Regione».

²⁸Punto 4.2.1. del *Cons. in dir.*

²⁹Punto 4.2.2. del *Cons. in dir.*

tenza legislativa [esclusiva] statale esclude anche ogni profilo di violazione del principio di leale collaborazione, in particolare con riguardo alla procedura di adozione dei decreti legislativi», richiamando (solo) la stessa sentenza n. 251 del 2016 innanzi citata; pertanto, di fronte alla prevalenza della competenza legislativa statale esclusiva deve «negarsi la necessità del ricorso all'intesa», anche con riferimento alla legislazione delegata³⁰.

L'art. 1, comma 4 prevede poi che gli schemi siano «trasmessi al Consiglio di Stato per l'acquisizione del parere da rendere nel termine di quarantacinque giorni e, successivamente, alle Camere per l'espressione dei pareri della Commissione parlamentare per la semplificazione, e delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, che si pronunciano nel termine di quarantacinque giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti legislativi possono essere comunque adottati. Se il termine previsto per l'espressione del parere delle Commissioni parlamentari cade nei trenta giorni che precedono la scadenza del termine previsto per l'esercizio della delega o successivamente, la scadenza medesima è prorogata di novanta giorni. Il Governo, qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, trasmette nuovamente i testi alle Camere con le proprie osservazioni e con eventuali modificazioni, corredate dei necessari elementi integrativi di informazione e motivazione. Le Commissioni possono esprimersi sulle osservazioni del Governo entro il termine di dieci giorni dalla data della nuova trasmissione. Decorso tale termine, i decreti possono comunque essere adottati».

Entrano quindi in gioco, come sovente accade nelle deleghe più articolate, Consiglio di Stato e Commissioni parlamentari.

Al di là della formulazione della singola delega, il Consiglio di Stato, dalla fine degli anni Novanta in poi³¹, risulta avere una sorta di competenza “generalizzata” quanto alle politiche di organizzazione della pubblica amministrazione

³⁰Punto 6.1. del Cons. in dir.

³¹Si veda l'approfondita analisi di E. FRONTONI, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 109 ss.; più di recente G. FONTANA, *Considerazioni critiche sul ruolo del Consiglio di Stato nella più recente attività di semplificazione normativa*, in *federalismi.it*, n. 3/2015, p. 2 ss. In precedenza E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 70 ss.; P. CARNEVALE, *Codificazione legislativa e normazione secondaria nel nuovo modello di semplificazione delineato dalla l. n. 229 del 2003*, in *Dir. soc.*, n. 4/2015, p. 584 s.

e di semplificazione normativa. Proprio a proposito dell'attività consultiva svolta in generale del Consiglio di Stato sugli schemi di decreto legislativo, e malgrado quanto ha riguardato la predisposizione del Codice del processo amministrativo³², è stato segnalato che negli ultimi anni «l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato sugli schemi dei decreti legislativi è previsto solamente in relazione a quelli attuativi della riforma delle amministrazioni pubbliche (ad eccezione del decreto legislativo per il riordino della procedura dei giudizi innanzi alla Corte dei conti) e del sistema degli appalti»³³.

La previsione, invece, di un parere parlamentare nella predisposizione dei decreti legislativi si è fatta così costante da ingenerare ormai «la convinzione che un intervento del Parlamento, dopo il conferimento della delega, sia in qualche modo “necessario”, perché, ormai, al fondo, più rispondente alla logica dell'istituto»³⁴.

Si tratta di una questione particolarmente interessante attesa la difficoltà di definire quale effettivamente sia tale “logica”: infatti, forse uno dei pochi punti fermi nell'analisi del fenomeno “delegazione legislativa” è proprio il suo essere meccanismo duttile, tanto utile quanto sfuggente in virtù del «nesso indissolubile» che lo lega alla forma di governo parlamentare e – per suo tramite – alle più piccole alterazioni dell'equilibrio dinamico tra Legislativo ed Esecutivo³⁵. In ogni caso, anche alla luce di una recente ricerca condotta avendo riguardo al periodo 1996-2016, «il parere parlamentare non solo è sistematicamente previsto, ma è sempre più spesso parte di un procedimento complesso, strutturato in maniera plurale e polifasica, attraverso il coinvolgimento di altri organi chiamati a esprimere pareri al Governo»³⁶. Le commissioni parlamentari sono, del resto, una tipica sede di ne-

³²Sul quale G. FONTANA, cit., p. 22 ss.

³³G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 258.

³⁴Così, invero criticamente, A. CELOTTO, E. FRONTONI, voce *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir.*, VI agg., Milano, Giuffrè, 2002, p. 713.

³⁵Cfr. S. STAIANO, voce *Legge di delega e decreto legislativo delegato*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, VIII, Milano, 2008, p. 758.

³⁶SENATO DELLA REPUBBLICA-UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO, *Atti del Governo sottoposti a parere parlamentare. Documento di analisi n. 11*, dicembre 2017, p. 7.

goziazione³⁷, e non stupisce quindi che ad esse si guardi in cerca di quella che è stata suggestivamente definita «*leale collaborazione tra enti*»³⁸.

Ebbene, anche nel disegno di legge delega qui in esame è previsto il c.d. “doppio parere”, ovvero un ritorno in Commissione se il Governo non intende conformarsi ai pareri parlamentari³⁹; tuttavia tali casi, se non ricevono attenzione mediatica, hanno un “costo politico” risibile (e in ogni caso vengono solitamente “risparmiati”: ad esempio, usato al Senato solo 3 volte nella XV leg., 2 volte nella XVI, sale a una quindicina nella XVII⁴⁰).

Proseguendo, poi, nell’analisi della legge delega in questione, l’art. 1 comma 5 prevede che, entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1, il Governo possa adottare uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive, nel rispetto della procedura e dei principi e criteri direttivi di cui allo stesso articolo. Lo strumento della delega integrativa e correttiva ha una *ratio* improntata «*allo scopo di consentire al legislatore di ritornare ‘a caldo’ su alcune delle scelte compiute nella predisposizione del decreto legislativo, alla luce delle indicazioni provenienti dalle prime esperienze applicative*», sul presupposto per il quale una normativa «*fortemente innovativa, oppure [...] tecnicamente assai complessa, o infine [...] operante in settori di estrema delicatezza, possa dare origine ad una serie di problemi interpretativi e/o applicativi, e richieda pertanto, presumibilmente, all’indomani della sua entrata in vigore, uno o più interventi legislativi correttivi; e si precostituisce perciò un iter preferenziale per questi interventi, il quale tende a riprodurre, nei rapporti tra governo e parlamento, l’assetto già realizzatosi in sede di elaborazione del decreto legislativo ‘principale’ (incluso, pertanto, il parere parlamentare)*»⁴¹. Si tratta di uno

³⁷Cfr. E. ALBANESI, *Pareri parlamentari e limiti della legge*, Milano, Giuffrè, 2010, *passim* ed in part. p. 220 ss.

³⁸E. MALFATTI, *Attorno al “volto procedurale” delle deleghe legislative (attorno ai pareri)*, in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 336.

³⁹Cfr. I. DEL VECCHIO, *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza recente*, in *federalismi.it*, n. 3/2015, p. 17 ss.

⁴⁰SENATO DELLA REPUBBLICA-UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO, *Atti del Governo sottoposti a parere parlamentare*, cit., p. 41.

⁴¹N. LUPO, *Deleghe e decreti legislativi ‘correttivi’: esperienze, problemi, prospettive*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 131; si tratta dunque, dopo la fase nella quale il Parlamento attribuisce la delega al

strumento, che con alterne fortune⁴² s'inserisce nel contesto di una sempre più complessa fase d'implementazione delle politiche promosse dagli interventi legislativi⁴³, ma che pone qualche nodo problematico rispetto ai limiti di cui all'art. 76⁴⁴. In ogni caso, questo tipo di previsione ricorre assai di frequente a partire dagli anni Novanta⁴⁵, risultando – pur con accenti alterni – sostanzialmente avallata dalla giurisprudenza costituzionale⁴⁶.

3.2. Monitoraggio e tentativi di valutazione nel percorso di attuazione della legge delega

Appare senz'altro da salutare favorevolmente l'attenzione che il testo riserva – *verbatim* – ai sistemi di monitoraggio, verifica e controllo dell'attuazione della normativa in materia di disabilità, in particolare all'art. 1, comma 2 lett. *d*) e comma 3 lett. *i*). Quest'ultimo, in particolare, inserisce fra i principi e criteri direttivi quelli di: «*rivedere i contenuti e le modalità di monitoraggio, controllo e verifica cui sono tenute le amministrazioni centrali a vario titolo coinvolte nell'attuazione della normativa in materia di disabilità, redendo, tra l'altro, più efficace, anche attraverso l'utilizzo di opportuni strumenti telematici, l'attività ispettiva volta a prevenire e reprimere eventuali abusi*

Governo e quella nella quale il Governo stesso provvede alla sua attuazione, di una «*terza fase, che potremmo definire di sperimentazione delle riforme predisposte dal Governo con i decreti legislativi "di prima attuazione"*» (M. CARTABIA *L'effettività come presupposto e vittima dei decreti legislativi integrativi e correttivi*, in AA. VV., *L'effettività tra sistema delle fonti e controlli: alcuni casi emblematici*, nei *Quaderni dell'effettività* diretti da A. BARDUSCO e F. PIZZETTI, Milano, Giuffrè, 1998, p. 85).

⁴²N. LUPO, *op. ult. cit.*, 39 ss. se ne ripercorre la storia, dal suo sorgere nel contesto della riforma tributaria del 1971 (sulla cui genesi sotto questo profilo cfr. M. CARTABIA, *op. ult. cit.*, 88 ss.) alla sua successiva scomparsa fino al recupero alla fine degli anni Ottanta e la sua “fortuna” nelle legislature XI e XII; più di recente si veda M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, in *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 41 ss.

⁴³N. LUPO, *op. ult. cit.*, 131 s.

⁴⁴Oltre a destare perplessità connesse all'opacità del procedimento di formazione dei decreti legislativi rispetto alla pubblicità del procedimento legislativo ordinario, ed anche quanto alla ulteriore “precarizzazione” sostanziale della fonte primaria (N. LUPO, *op. ult. cit.*, 141 ss.); su entrambi i profili cfr. M. CARTABIA, *op. ult. cit.*, 104 ss.

⁴⁵Cfr. M. CARTABIA, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: virtù di governo e vizi di costituzionalità?*, in V. Coccozza e S. Staiano (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale. Atti del Convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 67).

⁴⁶Si veda la ricostruzione (critica) di M. RUOTOLO, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, cit. p. 73 ss.; più di recente G. MARCHETTI, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo*, cit., p. 289, ove si osserva come la Corte stia mantenendo la sua «*tradizionale*» posizione (permissiva) al riguardo.

nella fruizione dei benefici» (n. 1); «istituire un'Autorità Garante Nazionale dei diritti delle persone con disabilità, con compiti di verifica, controllo e consultazione sull'attuazione dei diritti delle persone con disabilità e dei loro familiari, nonché sul rispetto degli standard di qualità dei servizi ad essi erogati» (n. 2); «prevedere misure di tutela del consumatore-utente con disabilità, anche attraverso la previsione dell'obbligo per tutte le amministrazioni, nonché per i soggetti pubblici e privati che erogano servizi pubblici, di indicare in modo specifico nelle carte dei servizi i diritti, anche di natura risarcitoria, che spettano alle persone con disabilità» (n. 3); «riordinare gli organismi pubblici di consultazione in materia di persone con disabilità, secondo criteri di semplificazione ed efficienza dell'azione amministrativa» (n.4).

Il rilievo attribuito al monitoraggio dell'effettiva implementazione di quanto previsto in via legislativa è – evidentemente – un aspetto determinante. Infatti, occorre rammentare che, anche a prescindere dalle considerazioni di carattere più generale sulla valutazione delle politiche sociali⁴⁷, in questi ambiti *«un fattore che rende possibile il passaggio dal servire ad avere cura, o da essenziale inteso come minimo a essenziale come condizione di scelta/autonomia è la diversa prospettiva con cui si costruisce l'azione dei servizi, ovvero il riconoscersi come sistemi di ricerca e non solo di produzione/erogazione, più o meno standardizzata, di prestazioni»*⁴⁸. Il che, in altre parole, vuol dire che, oltre all'ovvio versante di garanzia dell'effettività e della qualità della prestazione erogata, per far sì che un sistema di welfare sia in continua evoluzione e sia vero promotore di sviluppo e non di mera erogazione, lo stesso dev'essere messo in condizione di “riflettere” di continuo su sé stesso, e per farlo ha bisogno – anzitutto – di dati, e di una continua attività di valutazione.

⁴⁷Si rimanda piuttosto alla bibliografia in materia: *ex plurimis*, U. DE AMBROGIO (a cura di), *Valutare gli interventi e le politiche sociali*, Roma, Carocci, 2003; M. MORETTI, *Valutazione e politiche sociali*, Roma, Aracne, 2006; C. GORI (a cura di), *Come cambia il welfare lombardo. Una valutazione delle politiche regionali*, Rimini, Maggioli, 2011, in part. p. 259 ss.; A. VERGANI (a cura di), *Prove di valutazione. Libro bianco sulla valutazione in Italia*, Milano, Franco Angeli, 2013, in part. il capitolo di U. DE AMBROGIO, *La valutazione delle politiche sociali in Italia: alcune riflessioni su venti anni di esperienze*, p. 154 ss.; U. DE AMBROGIO, C. DESSI e V. GHETTI, *Progettare e valutare nel sociale: esperienze e metodi*, Roma, Carocci, 2013.

⁴⁸M. CAMPEDELLI, *Conclusioni. Nella crisi, un diritto “di” welfare? Tra evidenze, diritti e sperimentabilità*, in Id., P. Carrozza e L. Pepino (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, cit., p. 610.

Com'è stato rilevato già alcuni anni addietro, «*sul piano del governo delle policies, questo comporta che sulla base della percezione-riconoscimento di un problema considerato rilevante, evidenziato che esso esprime un bisogno degno di ottenere risposta, ipotizzato un percorso per dare attuazione a quella risposta, stabilito metodo e procedure per tale attuazione, indicati gli obiettivi da raggiungere e come misurarli, definito un disegno progettuale che permetta di valorizzare al meglio le risorse materiali e immateriali disponibili, si attiva una risposta che nella sua costruzione contenga gli elementi di verificabilità, ovvero di evidenziazione della corrispondenza o meno a quanto ipotizzato in termini di obiettivi raggiunti o non raggiunti*»⁴⁹. Lo schema quindi, in pratica, degli scopi delle clausole valutative, basato sulla condivisione di una base informativa comune significativa e pertinente all'ambito di applicazione⁵⁰.

Non è invece previsto nel testo un “classico” strumento di monitoraggio, ovvero la relazione al Parlamento sull'attuazione; ciò però non appare particolarmente problematico alla luce di quanto si dirà tra breve. Quello delle relazioni è uno strumento tradizionale di dialogo, “collaborazione”⁵¹ tra organi esecutivi e legislativi, che sembra seguire – più che influenzare – l'evoluzione di tale dialogo, in particolare per quanto riguarda il ruolo della legge: «*da strumento generale ed astratto di regolamentazione preventiva dei comportamenti degli individui, la legge è divenuta un mezzo cui il decisore pubblico ricorre sempre più frequentemente per trasformare la società. La legge è oggi diretta al raggiungimento di fini specifici: di conseguenza, è necessario conoscere cosa accade dopo la sua approvazione e cercare di stabilire se siano stati raggiunti gli obiettivi che attraverso di essa si intendevano realizzare*»⁵². Si registra, inoltre, come la previsione delle relazioni abbia conosciuto una significativa accentuazione a partire dagli anni Novanta⁵³, in concomitanza con i tentativi di valoriz-

⁴⁹Ivi, p. 611.

⁵⁰Ibidem.

⁵¹Utilizzando il termine che compare, quale filo conduttore dell'analisi, in un'ampia e approfondita (ancorché risalente) trattazione dedicata al tema: L. DEGRASSI, *Le relazioni al Parlamento. Verso nuove forme di collaborazione costituzionale*, Milano, Vita e Pensiero, 1993.

⁵²F. ROSA, *Le relazioni governative al Parlamento sullo stato di attuazione delle leggi*, in M. Carli (a cura di), *Il ruolo delle assemblee elettive. Vol. I, La nuova forma di governo delle regioni*, Torino, Giapichelli, 2001, p. 442.

zare le funzioni non legislative delle assemblee rappresentative⁵⁴. Ciò acquista peraltro «un significato ulteriore legato a questo nuovo compito delle assemblee, che consiste nell'intervenire direttamente nella valutazione della qualità e dell'efficacia della legge, alla luce della sua attuazione. La relazione diventa così anche un mezzo per verificare se l'atto normativo primario sia in grado di raggiungere gli obiettivi che la maggioranza parlamentare ha definito»⁵⁵. Si tratta, dunque, di strumenti di controllo politico, ma che «svolgono indirettamente anche una funzione di informazione» per le assemblee stesse, che «ha lo scopo di stimolare un'attività legislativa "successiva" di miglioramento della normativa in vigore»⁵⁶.

Tuttavia, non può essere taciuta la manifesta, acclarata debolezza dello strumento stesso. Senza che sia possibile in questa sede un'analisi dettagliata, ci si limita a registrare, da un lato, l'assenza di vincoli cogenti per l'organo esecutivo volti a garantire l'effettiva presentazione della relazione, e più in generale il suo essere – di solito – al contempo controllore e controllato in tale attività⁵⁷; dall'altro, va detto che sono le stesse assemblee a non valorizzare tale possibilità, dando quasi sempre scarso seguito alla presentazione delle relazioni⁵⁸. Com'è stato efficacemente sintetizzato in dottrina, quindi, «rispetto alle previsioni legislative, il numero delle relazioni effettivamente presentate [...] è notevolmente inferiore. Spesso non sono presentate nei tempi previsti, qualche volta non lo sono proprio, ma, sempre più di sovente, è la Commissione a cui sono presentate che non dà seguito all'iter con il dibattito che le relazioni meriterebbero»⁵⁹.

⁵³I. CIOLLI, *Le relazioni del Governo al Parlamento tra funzione di controllo e tecnica legislativa*, in *Pol. dir.*, n. 1/2002, p. 53.

⁵⁴D. SICLARI, *Il controllo parlamentare sugli atti non normativi del Governo e l'esame di documenti trasmessi al Parlamento dal Governo e da altre Autorità: profili evolutivi*, in R. Dickmann e S. Staiano (a cura di), *Funzioni parlamentari non legislative e forma di governo. L'esperienza dell'Italia*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 354.

⁵⁵I. CIOLLI, *Le relazioni del Governo al Parlamento tra funzione di controllo e tecnica legislativa*, cit., p. 54.

⁵⁶Ivi, p. 70.

⁵⁷F. ROSA, *Le relazioni governative al Parlamento sullo stato di attuazione delle leggi*, cit., p. 460.

⁵⁸Ivi, p. 449 s.

⁵⁹I. CIOLLI, *Le relazioni del Governo al Parlamento tra funzione di controllo e tecnica legislativa*, cit., p. 67.

Certamente, questo potrebbe essere un ottimo banco di prova per provare ad inserire strumenti di interlocuzione tra Parlamento e Governo improntati alla valutazione delle politiche pubbliche, un tema sul quale la letteratura sta lavorando con attenzione crescente. Come è stato precisato, sia pure con riguardo ai Consigli regionali, infatti, «*la funzione legislativa di un'assemblea non può terminare con l'approvazione della legge, perché occorre riscontrare il suo grado di attuazione e i benefici apportati per verificare l'efficacia delle scelte politiche compiute allo scopo di consentire al legislatore di intervenire nuovamente per apportare le modifiche che consentano il raggiungimento ottimale dei risultati prefissati*»⁶⁰.

Un contributo rilevante alla valutazione delle politiche pubbliche da parte delle assemblee elettive⁶¹ è stato dato dalle Regioni, e dai Consigli regionali in particolare⁶²: si tratta ad oggi di una pluralità di esperienze dal vario grado di successo⁶³, che però ha visto – se non altro – l'esplicito inserimento nell'ordinamento italiano del concetto di valutazione delle politiche pubbliche (anche negli Statuti), oltreché di “tipici” strumenti a ciò volti. Tra questi, la previsione – in particolare, nei regolamenti consiliari – di specifiche “missioni” valutative attivabili da una commissione o da una (ristretta) minoranza di consiglieri, organi interni dedicati alla valutazione e, soprattutto, clausole valutative, ovvero «*previsioni di legge che attribuiscono ai soggetti incaricati dell'attuazione il compito di elaborare e sottoporre al Consiglio le informazioni utili a conoscerne le modalità e a valutarne gli effetti sui diretti destinatari*»⁶⁴. Del resto, com'è stato condivisibilmente affermato,

⁶⁰M. PICCHI, *Commento all'art. 45*, in P. Caretti, M. Carli ed E. Rossi (a cura di), *Statuto della Regione Toscana. Commentario*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 222.

⁶¹Su cui si vedano oggi E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Rappresentanza nazionale e valutazione delle politiche pubbliche. Per un ruolo del Parlamento nella tutela degli interessi durevoli*, Torino, Giappichelli, 2021 e, in prospettiva comparata, E. GRIGLIO, *Parliamentary Oversight of the Executives. Tools and Procedures in Europe*, Oxford-New York, Hart, 2020. In precedenza ID., *La valutazione delle politiche pubbliche in parlamento: riflessioni comparate e note sull'esperienza del Senato*, in *federalismi.it*, n. spec. 3/2019.

⁶²Cfr. P. CHIRULLI, *La valutazione delle politiche pubbliche e le assemblee elettive. Brevi cenni sul Senato riformato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, in part. p. 12.

⁶³In particolare, dato il rilievo delle Regioni in questi ambiti, sulla valutazione delle politiche sociali si veda U. DE AMBROGIO, D. MESINI e S. PASQUINELLI, *Le esperienze regionali di valutazione*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, n. 17-18/2009.

⁶⁴M. PICCHI, *Commento all'art. 45*, cit. p. 224). Si vedano sul punto anche M. SISTI, *La valutazione delle politiche pubbliche nelle assemblee legislative*, in E. Rossi (a cura di), *Studi pisani sul Parla-*

«l'obiettivo di garantire la buona qualità della legislazione richiede interventi non episodici che non operino al di fuori di un disegno organico e continuativo: sono necessarie la predisposizione di una molteplicità di strumenti tra loro collegati operanti in diversi momenti dell'iter di formazione dell'atto legislativo e la creazione di strutture e modalità stabili e permanenti, secondo l'insegnamento che si può trarre da alcune esperienze straniere (Stati Uniti, Svizzera, Francia) e da quella comunitaria»⁶⁵. Questo tipo di attività relativa alle politiche sociali non può essere, ovviamente, esclusivo appannaggio delle assemblee legislative, ma risulterebbe assai opportuno che da esse venisse svolto – si ribadisce – sia per la loro capacità d'incidere *direttamente* sul processo decisionale che per la loro possibilità di contribuire, quali soggetti qualificati, al dibattito pubblico e quindi, in definitiva, alla funzione di garanzia della responsabilità (politica) degli esecutori.

In ogni caso, il fatto che il d.d.l. *de quo* non risulti esser mai stato neppure avviato nel suo *iter* dopo più di due anni dall'approvazione in Consiglio dei Ministri è una prova evidente di come – purtroppo – non si sia dimostrato una priorità dell'agenda politica.

mento VI, Pisa, Pisa University Press, p. 60 ss. e A.M. SOLDANO, *L'analisi ex-post delle leggi nei consigli regionali e le "clausole valutative"*, in *Amministrazione in cammino*, 2010, p. 5 ss.

⁶⁵M. PICCHI, *Commento all'art. 45*, cit. p. 221.

MIMMA ROSPI

Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali Dipartimento di
Giurisprudenza Università di Pisa

mimmarospi02@gmail.com

LA TUTELA DEL DIRITTO DI VOTO COME ARGINE ALLE DISEGUAGLIANZE DOPO L'EMERGENZA PANDEMICA

PROTECTION OF THE RIGHT TO VOTE AS A BOUND TO INEQUALITIES AFTER THE PANDEMIC EMERGENCY

SINTESI

L'obiettivo di questo studio è quello di analizzare il rapporto storico e giuridico tra il diritto di voto, il suffragio universale e il principio di eguaglianza, quale tenuta dei sistemi democratici anche alla luce degli ultimi eventi pandemici. Infatti, se sul piano formale tale rapporto è stato assicurato dalle procedure elettorali, il dato di astensione alle ultime tornate elettorali evidenzia che a causa della pandemia le disuguaglianze economiche e sociali sono aumentate. La conseguenza è che sul piano sostanziale tale rapporto rischia di vacillare. Sono pertanto necessarie azioni positive da parte dello Stato.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the historical and legal relationship between the right to vote, universal suffrage and the principle of equality, as a supporting column of democratic systems also in the light of the latest pandemic events. However, if this relationship was ensured on a formal level by the electoral procedures, the electoral abstention at the last electoral rounds shows that economic and social inequalities have increased due to the pandemic. The consequence is that this relationship risks wavering on a substantial level. Therefore, the State must do positive actions.

PAROLE CHIAVE: diritto di voto; eguaglianza; pandemia; covid-19; diseguaglianze; procedure elettorali.

KEYWORDS: right to vote; equality; covid-19 pandemic; inequality; electoral procedures.

INDICE 1. Introduzione. – 2. La dottrina classica sul diritto di voto e il suo graduale riconoscimento. – 2.1. Le riforme elettorali (1848-1923) e il lungo cammino dell'estensione del suffragio quale affermazione di eguaglianza. - 2.2. Il diritto di voto nel periodo fascista. – 3. Il dibattito in Assemblea costituente sull'articolo 48 Costituzione, il principio democratico e l'uguaglianza politica, economica e sociale. – 3.1. La formulazione dell'art. 48 Cost. e la sua strumentalità rispetto al principio di eguaglianza. – 4. Diritto di voto ed emergenza pandemica. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Gli avventi pandemici causati dalla diffusione del Covid-19 hanno portato alla luce situazioni di discriminazioni sociali ed economiche che sono riverberate sul funzionamento dei sistemi democratici e sulle loro istituzioni¹. Per tale ragione è necessario interrogarsi sul rapporto intercorrente tra disegualianze ed esercizio del diritto di voto, donde verificare se gli effetti pandemici hanno inferto ferite fin anche all'esercizio del diritto di voto a causa dell'acuirsi delle differenze economiche e sociali².

Storicamente il percorso verso l'affermazione del suffragio universale s'intreccia con quello delle garanzie costituzionali delle modalità di esercizio del diritto di voto, perché attraverso l'esercizio di voto il cittadino partecipa alla vita politica, economica e sociale, posto che la sovranità appartiene al popolo ai sensi dell'art. 1 Cost. La Costituzione italiana entrata in vigore il 1948 raggiunge l'obiettivo del suffragio universale, così da imporre la necessità di una disposizione costituzionale, l'art. 48 Cost., in grado di perseguire l'estrinsecazione del principio di eguaglianza formale e sostanziale attraverso la garanzia del diritto di voto, prevedendo l'estensione del suffragio e del diritto di voto scevri da differenziazioni basate su differenze di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali³.

La chiave di lettura è, dunque, insita nel combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3 Cost. in relazione all'art.48 Cost. Infatti, l'art. 2 Cost. è stato da subito

¹A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2021, pp. 1-83. R. BORELLO, *L'incidenza della pandemia di Covid-19 sulle votazioni pubblicistiche: alcune riflessioni di diritto interno e comparato*, in *Nomos*, n. 2/2020, pp. 1-28

²Cfr. Censis, *Tendercapital-The Investment House*, 2^o Rapporto Censis-Tendercapital sui buoni investimenti, *La sostenibilità al tempo del primato della salute*, Roma, 23 novembre 2020; Istat, *Rapporto annuale 2020, La situazione del Paese*, Roma, 2020.

³In questi termini: Corte costituzionale sent. n. 96 del 1968 e sent. n. 39 del 1973.

considerato dai Padri costituenti la colonna portante dell'ordinamento democratico. La Pira, primo relatore dell'articolo insieme al socialista Lelio Basso, a proposito dell'art. 2 Cost. sostiene che «questo è l'articolo che governa l'architettura di tutto l'edificio»⁴. Tuttavia, l'art. 2 Cost., che afferma il principio di solidarietà nel nostro ordinamento, sarebbe una mera petizione di principio se non fosse collegato all'art. 3, comma 2, Cost. Infatti, la nostra Costituzione, pur affermando il principio di uguaglianza in senso formale all'art. 3, comma 1, Cost, si appresta ad aggiungere il secondo comma ove si attribuisce alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ogni ordine economico e sociale allo sviluppo della persona. Ergo nel nostro architrave costituzionale il principio di solidarietà sancito nell'art. 2 Cost. si realizza attraverso le azioni positive della Repubblica ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost., a prescindere dalle differenze delle epoche storiche che si susseguono, perché la finalità è lo sviluppo della persona (intesa fuori dal tempo, *rectius* senza che sia circoscritta temporalmente in un dato momento storico) sia come singolo, sia nelle formazioni sociali. In altre parole, «la solidarietà viene così a garantire uguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali»⁵.

A ciò si aggiunga il progressivo riconoscimento da parte della giurisprudenza costituzionale del collegamento ineluttabile tra l'art. 2 e l'art. 3, comma 2, Cost., che ne rappresenta dunque la specificazione del primo, con una clausola aperta che permette di seguire l'evoluzione dei tempi⁶. Tuttavia, la Corte costituzionale ha temperato tali affermazioni teoriche, evidenziando che è comunque necessaria una *interpositio legislatoris* che attraverso previsioni legislative dia concretezza dei principi della solidarietà e dell'eguaglianza sostanziale⁷, che

⁴A. COSTANZO, *Principio di solidarietà e giurisprudenza sui diritti umani*, disponibile all'indirizzo www.archiviofscpo.unict.it/europa/JM_humanrights/costanzo.pdf.

⁵G. SCOTTI, *Alla ricerca di un nuovo costituzionalismo globale e digitale: il principio di solidarietà "digitale"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021, p. 405, disponibile in: www.forumcostituzionale.it

⁶A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamento di un principio "sconfinato"*, in *Rivista AIC*, n.4/2021.

⁷V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin*, Cedam, Padova, 2002.

in stretta connessione al diritto di voto è stata realizzata, non solo grazie alla definizione degli standard irrinunciabili del diritto di voto ai sensi dell'art. 48 Cost, bensì anche per effetto della legislazione in materia di procedure elettorali che hanno garantito l'espressione libera e genuina del voto.

Si cercherà, pertanto, di compiere un'analisi storico-giuridica dell'estensione graduale del diritto di voto a categorie sempre più ampie di soggetti sino al raggiungimento dell'obiettivo del suffragio universale, che ha assunto, nell'arco costituzionale, il ruolo di espressione e attuazione del principio di uguaglianza sia in senso formale che sostanziale, eliminando le barriere dovute alle condizioni personali, economiche e sociali per l'accesso alla partecipazione democratica. Infine, si cercherà di analizzare le ultime tornate elettorali per verificare se il diritto di voto come espressione e attuazione anche del principio di uguaglianza ha subito battute d'arresto durante l'emergenza pandemica.

2. La dottrina classica sul diritto di voto e il suo graduale riconoscimento

La realizzazione del suffragio universale tramite la graduale alfabetizzazione della popolazione, come propugnato da Mill, ha influenzato grandemente i costituzionalisti preorlandiani tra i quali Sidney Sonnino⁸. Sonnino, partendo dalle considerazioni di Mill sul suffragio universale, elaborò la tesi dell'uguaglianza del diritto di voto, secondo cui il diritto di voto era una funzione pubblica e il suffragio universale in un'ottica egualitaria rappresentava «la libera concorrenza portata nel campo politico»⁹. Da tali considerazioni attorno alla riforma della legge elettorale del 1882 sembrava profilarsi, nelle dottrine costituzionalistiche del tempo, la tesi secondo la quale l'allargamento del suffragio avrebbe rappresentato il volano per l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge e agli oneri civili, il quale elemento di congiunzione era l'implementazione della partecipazione diretta alla vita politica del popolo, purché istruito¹⁰.

⁸Vedi C. PINELLI, *La questione del diritto di voto in Gaetano Mosca e nei costituzionalisti italiani*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 28, 1998, pp. 433 ss.

⁹S. SONNINO, *Il suffragio universale in Italia*, Firenze, Eredi Botta Editore, 1870, p. 7.

¹⁰C. CARISTIA, *Per una riforma elettorale. Il suffragio universale, la proporzionale, il voto alle donne* (1910), in *Scritti*

Per Luigi Palma il diritto di suffragio «è stato sempre considerato come la compartecipazione pratica dell'esercizio della sovranità»¹¹, tuttavia ciò non impediva che la sovranità del popolo elettore potesse essere limitata dalla richiesta di requisiti specifici che, tramite un'indagine comparata delle riforme elettorali che si erano susseguite negli Stati europei e negli Stati Uniti d'America a seguito delle rivoluzioni, si poteva riassumere in requisiti di età, di censo e di istruzione¹². Secondo Palma, il requisito di un'adeguata istruzione era corretto, perché «il diritto elettorale non p[oteva] fondarsi né sul diritto divino del sangue, né sul diritto feudale del possesso della terra, né su altro simile, ma sul diritto della capacità di adempiere un diritto e dovere pubblico»¹³. Per Palma il diritto di voto era una funzione pubblica che doveva presupporre un retroterra culturale degli elettori per essere esercitata correttamente; solo ragionando in questi termini, l'esclusione dal diritto di voto degli analfabeti non poteva essere considerata «un'altra forma di schiavitù», bensì doveva essere il motivo ispiratore delle riforme elettorali che tendevano al suffragio universale, innalzando *in primis* il grado d'istruzione delle classi meno abbienti. Tendenzialmente l'obiettivo che ogni società democratica doveva raggiungere era il suffragio universale, perché esso si «fonda sul principio della sovranità nazionale, sulla eguaglianza di tutti i cittadini, sulla intrinseca e quasi si direbbe innata identità tra i diritti civili e politici che conferiscono la nascita e l'appartenenza ad uno Stato»¹⁴ e, soprattutto, perché «il voto per essere veramente autorevole deve procedere dal maggior numero di popolo»¹⁵.

giuridici, storici e politici, I, Scritti giuridici, Milano 1953, pp. 11-12. Si legge: «che nessuna scuola è, nel popolo, migliore e più istruttiva di quella procurata dalla partecipazione diretta alla vita politica. L'operaio si istruisce ed acquista quel tanto d'interesse per la cosa pubblica, ch'è assolutamente necessario al retto funzionamento del Potere locale e centrale. E per arrivare a questo modesto interesse può bastare quel grado elementarissimo di coltura che corrisponde al saper leggere e scrivere correttamente».

¹¹L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, Vol. II, 2° Ed., Firenze, Giuseppe Pellas Editore, 1881, p. 6.

¹²L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, *op. cit.*, pp. 1-75.

¹³L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, *op. cit.*, p. 72.

Tuttavia, Palma non condivideva le tesi di Proudhon, per il quale il diritto di voto non era una funzione pubblica, bensì un diritto “naturale” al pari degli altri diritti civili. Elaborando il concetto della sovranità nazionale Proudhon si domandava retoricamente se «il diritto elettorale [fosse] inerente alla qualità di uomo e di cittadino, come il diritto di eredità, il diritto di testare, di lavorare (...)» e per l'esercizio di questi diritti, tanto politici, quanto civili, i quali «tutti discend[evano] dalla sovranità democratica» e se «si [fosse] mai pensato di esigere dal cittadino che egli provasse la sua istruzione»¹⁶. Rifiutando la tesi del diritto di voto come diritto naturale, Palma sosteneva viceversa la concezione del diritto di voto come funzione pubblica, basandosi sulla tesi di Mill per la quale «il miglior governo è quello che sviluppa la virtù e l'intelligenza del popolo», attraverso una graduale estensione del suffragio per il tramite dell'alfabetizzazione del popolo. Così operando, il suffragio universale sarebbe stato raggiungibile perché sarebbero stati i partiti stessi, nell'attività di procacciare voti, che si sarebbero eretti a promotori dell'istruzione del popolo, al fine di stimolare in esso le ragioni sottese alla necessità di votare consapevolmente.

Allo stesso modo si esprime Bluntschli, il quale sosteneva che «condizione indispensabile del suffragio è la capacità di scegliere. L'estensione del voto dev'essere proporzionata alla capacità e alla volontà di fare una buona scelta. Il suffragio universale è dunque realmente possibile presso un popolo libero, educato, di carattere indipendente, che abbia una coscienza energica dello Stato»¹⁷.

Dunque, nonostante Palma sostenesse che il suffragio ristretto fosse un passaggio obbligato verso la realizzazione del suffragio universale, che «leva il popolo dalla condizione passiva, e lo eleva a libero cittadino»¹⁸, egli non sposò pienamente le tesi del suffragio universale. Palma sosteneva che l'elettore, votando, compisse realmente un pubblico ufficio, che richiedeva capacità intellettuale e morale, le quali non potevano essere assicurate da un'istruzione elemen-

¹⁶PJ. PROUDHON, *De la capacité politique de la classe ouvrière*, Paris, E. Dentu, Libraire-Editeur, 1865, p. 268.

¹⁷A. CASERTANO, *Il diritto di voto: storia, dottrina, funzione*, Napoli, 1912, p. 296.

¹⁸L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, op. cit., p. 28.

tare che si limitasse al saper leggere e scrivere. Egli si chiedeva se fosse ammissibile «realmente ammettere che tutti i cittadini – che sapessero leggere e scrivere – [fossero] capaci di giudicar di ciò come dei loro privati affari»¹⁹.

Anche Palma finì per accettare che la strada migliore per la democrazia rappresentativa sarebbe stata quella del suffragio ristretto, perché «si rende[va] impossibile la segretezza del voto» dell'elettore che non sapesse scrivere il proprio nome o quello dell'elettore che, pur sapendo scrivere, non avesse un'elevata capacità di ragionamento, diventando preda dei candidati più spigliati²⁰. Si noti che Palma accennava tra le righe alla necessità che il voto fosse segreto per assicurare la libertà del voto, dando per presupposto che le libere elezioni dovessero svolgersi secondo il metodo dello scrutinio, cosicché il voto libero dell'elettore colto era quel voto di colui il quale era possibile controllare che avesse votato in segreto. L'estensione del suffragio doveva andare di pari passo allo sviluppo dell'indipendenza, dell'intelligenza e della moralità del voto tra l'elettorato politico, in questo modo «si effettua[va] più largamente la libertà così cara agli antichi, la partecipazione della cittadinanza al governo e l'egualianza civile»²¹, purché si fosse votato in segreto²².

L'estensione del suffragio agli analfabeti non era dunque conciliabile con la necessità di garantire la segretezza del voto, in quanto «l'unica ragione veramente di qualche gravità – che le riforme elettorali dovevano affrontare - era il segreto del voto, che pare[va] non po[tesse] conciliarsi coi votanti analfabeti»²³, essenzialmente perché essi non sarebbero stati mai veramente liberi di esprimere

¹⁹L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, op. cit., p. 45.

²⁰L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, op. cit., p. 44.

²¹L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, op. cit., p. 72.

²²L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, op. cit., p. 110.

²³L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, op. cit., p. 110. Luigi Palma, commentando le proposte di riforma della legge elettorale, che poi sfoceranno nella t.u. del 1882, con riguardo all'opportunità dell'adozione del suffragio universale, così scriveva: «L'unica ragione veramente di qualche gravità si era il segreto del voto, che pare non possa conciliarsi coi votanti analfabeti».

re il proprio voto, seppur in segreto, finché fossero stati privi di quella consapevolezza intellettuale che l'istruzione avrebbe garantito²⁴.

Sulla scia delineata dal pensiero di Palma, anche altri illustri costituzionalisti, quali Gaetano Mosca, Vittorio Emanuele Orlando e Gaetano Arangio-Ruiz, si erano schierati contro la tesi dell'adozione del suffragio universale e del diritto di voto "innato", quale espediente per realizzare la funzione pubblica del voto, al contrario rispetto a quanto sostenuto da Proudhon²⁵.

Mosca rigettava la tesi del diritto di voto come diritto innato connesso al suffragio universale, sostenendo invece la tesi del diritto di voto come funzione pubblica. Proprio in ragione della funzione pubblica che l'elettore era chiamato a svolgere, secondo Mosca era necessario che l'avente diritto al voto fosse un soggetto capace e istruito. Per Mosca il suffragio universale, che era «un errore reso quasi necessario dalla mentalità dei tempi (...)», avrebbe portato alla graduale frantumazione dell'edificio politico del Governo rappresentativo. Per Mosca il suffragio doveva essere "ristretto", cioè una forma di mediazione fra censo e universalità del suffragio rispetto alle proposte di Depretis²⁶.

Mosca era un fervido sostenitore del criterio della capacità del singolo elettore, perché solo un'élite culturale sarebbe stata in grado di affrontare tutte le questioni giuridiche, sociali ed economiche che ogni Governo rappresentativo avrebbe dovuto affrontare in una moderna democrazia. Permettere alle classi meno abbienti e prive d'istruzione di accedere all'esercizio della funzione pubblica avrebbe avuto come esito nefasto e molto prossimo alla realtà quello del giacobinismo democratico, con il forte rischio che fosse attribuito tutto il potere di governare alla sola forza della maggioranza²⁷. Il timore di Gaetano

²⁴M. ROSPI, *Segretezza del voto e democrazia. Le diverse declinazioni di un rapporto complesso*, Editoriale Scientifica, 2020.

²⁵Vedi P.J. PROUDHON, *De la capacité politique de la classe ouvrière*, *op. cit.*, p. 268

²⁶Relazione al Progetto di legge presentato nella tornata del 17 marzo 1879 «Riforma della legge elettorale politica del 17 dicembre 1860», Sessione del 1878-79, AC n. 190, 8.

²⁷G. MOSCA, *Aristocrazie e democrazie*, in *Partiti e sindacati*, 1904, pag. 335; ID., *Sulla teoria dei governi e sul governo parlamentare: studi storici e sociali*, Palermo, 1884, 502-503.

Mosca che dall'adozione del suffragio universale si realizzasse la c.d. tirannia della maggioranza, lo frenò rispetto alle riforme elettorali di età giolittiana.

Vittorio Emanuele Orlando elaborò una concezione del diritto di voto come funzione pubblica all'interno del circuito rappresentativo. Egli accostava il pensiero di Mill e Rousseau nel rapporto rappresentativo tra eletti ed elettori. Per Orlando entrambi gli autori ritenevano che il diritto di voto fosse un esercizio di virtù pubblica. Essendo una funzione pubblica che doveva essere esercitata pubblicamente; quindi, il diritto di voto non era un diritto individuale del singolo. Poste tali basi del ragionamento, Orlando affermò che si dovesse partire dal rapporto tra eletti ed elettori, ove gli elettori, detentori della sovranità dello Stato, delegavano ai “migliori”, ovvero agli eletti, l'esercizio di tale sovranità. È in ciò che si annidava la funzione pubblica del diritto di voto che trovava ragion d'essere nel sistema del governo rappresentativo e nel concetto di Stato organico per Orlando²⁸.

Anche Vittorio Emanuele Orlando era scettico rispetto all'adozione del suffragio universale, argomentando che nemmeno il voto segreto avrebbe davvero permesso agli analfabeti di votare secondo propria coscienza e volontà. Per Orlando il voto era una funzione pubblica, in quanto era espressione ed esercizio della sovranità dello Stato, per tale ragione era necessario selezionare elettori capaci di assolvere al compito che erano chiamati a svolgere. In ragione di ciò il voto segreto avrebbe garantito che il cittadino-elettore scegliesse consapevolmente a chi destinare il proprio voto. Così il voto segreto rappresentava la via per permettere agli elettori capaci e consapevoli, se adeguatamente istruiti, di esercitare, tramite il proprio voto, quella quota-parte di sovranità dello Stato che ad essi spettava come membri di un'unica comunità e nell'interesse di quest'ultima.²⁹

²⁸V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895), in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari* (1881-1940), Milano, Giuffrè, 1954.

²⁹V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica, op. cit.*

Orlando osservava che le teorie di Mill sulla pubblicità di voto, ben si apprezzavano nel momento in cui si accettava pacificamente che il diritto di voto fosse una funzione pubblica, ma, «[essa] suppone[va] una grandissima educazione politica nel popolo», che mancava nei popoli europei del tempo. Infatti, Orlando notava che l'Europa moderna era divisa in due parti: una parte aveva scelto il voto palese (Danimarca, Russia, in parte Austria, Baviera), mentre un'altra parte aveva scelto rigorosamente il voto segreto, di cui il massimo esempio era l'Inghilterra. In Inghilterra in origine si votava per acclamazione, ma dopo la riforma del 1867 con la quale si allargò la base dell'elettorato e il *ballot bill* del 6 agosto 1872, si scelse di adottare il voto segreto perché, «con il voto palese, specialmente nelle contee, l'aristocrazia trova[va] facilmente modo di sopraffare e di intimorire gli elettori»³⁰.

Da tali basi era possibile desumere che «il segreto del voto [fosse] cosa giustificabile e desiderabile»³¹ e, a giudizio di Casertano, «il segreto [era] un postulato necessario della democrazia: il problema sta[va] nell'ottenere che il segreto [fosse] realmente garantito»³².

2.1. Le riforme elettorali (1848-1923) e il lungo cammino dell'estensione del suffragio quale affermazione di eguaglianza

La ricerca delle radici dell'affermazione del diritto di voto in Italia è rintracciabile nel periodo dello Stato liberale che va dal 1848 al 1923. La prima legislazione elettorale a porsi il problema del “come” gli elettori del Regno avrebbero dovuto votare era l'editto del 27 novembre 1847, disposto dal Re Carlo Albero al fine di realizzare un'ampia riforma delle elezioni delle amministrazioni locali. La disciplina dettata dell'editto del 1847 era diretta, non solo ad organizzare le procedure elettorali e i sistemi di elezione, ma anche a tutelare le garanzie del diritto di voto degli aventi diritto. Come testimonia la lettura dell'articolo 52 dell'editto, la scelta iniziale era quella di prevedere il voto palese, per cui

³⁰V.E. ORLANDO, *La riforma elettorale: studio col testo della legge 22 gennaio 1882*, 243 ss.

³¹V.E. ORLANDO, *La riforma elettorale: studio col testo della legge 22 gennaio 1882*, Milano, Ulrico Hoepli Editore, 1883, XI, p. 247.

³²A. CASERTANO, *Il diritto di voto: storia, dottrina, funzione*, op. cit., p. 461.

il singolo elettore era «invitato a proferire tanti nomi diversi quanto erano i consiglieri eligendi»³³. Tuttavia, questo editto non ebbe alcuna applicazione nella realtà per ragioni storiche e politiche che si è soliti ricondurre all'instaurazione della nuova monarchia costituzionale e all'estensione dello Statuto e della legge elettorale del Regno di Sardegna a tutto il Regno d'Italia. Infatti, l'editto del 1847 non era di certo conciliabile con i principi della nascente monarchia costituzionale, perché avrebbe introdotto eccessivi poteri di accentramento in capo al Sovrano attraverso un sistema a diversi livelli di amministrazione locale³⁴. A ciò si faceva risalire la ragione per la quale la scelta del voto palese non era attecchita nella tradizione costituzionale che si stava profilando nel Regno d'Italia.

È possibile notare sin da subito che lo Statuto nulla disponeva in merito alla scelta del voto palese o, viceversa, del voto segreto. Tale silenzio permise l'introduzione del voto segreto nel testo del Regio editto elettorale del 17 marzo 1848, n. 680, che rappresentava la prima legge elettorale della Camera dei deputati, il cui modello di riferimento erano lo schema costituzionale della monarchia di luglio in Francia (nonostante gli esiti della rivoluzione del 24 febbraio 1848), la costituzione belga del 7 febbraio 1831 e la legge elettorale belga del 3 marzo 1831³⁵. L'editto del 1848, prevedendo le regole del voto segreto, andava così a completare la disciplina elettorale dello Statuto e della legge elettorale sarda, estesi a tutto il Regno³⁶. Tale editto regio, pur non prevedendo espressamente la segretezza del voto, considerava quest'ultima un elemento essenziale per garantire le libere elezioni, come si evinceva dal Preambolo della legge, per

³³A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, Padova, Cedam, 2005, p. 8. Il testo dell'editto è reperibile in A. PETRACCHI, *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, Venezia, Neri Pozza Editore, 1962, pp. 270 ss.

³⁴A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, op. cit., p. 8.

³⁵Vedi P.L. BALLINI, *I notabili e il suffragio. La legge elettorale del 1848 e le prime elezioni del Regno d'Italia*, in G. SABBATUCCI (a cura di), *Le riforme elettorali in Italia: 1848-1994*, Milano, Unicopli, pp. 37 ss.

³⁶La legge del 1848 venne estesa a tutta la penisola a seguito della unificazione del Regno con Legge 17 dicembre 1860, n. 4513. Venne parzialmente riformata nel 1850 e nel 1859 e rimase in vigore sino alla riforma del 1882.

cui «ci siamo indotti per una parte a partecipare il diritto di eleggere a quel maggior numero di cittadini che fosse compatibile con le condizioni di un Governo sinceramente rappresentativo, ed abbiamo lasciato per l'altra appieno libera agli elettori la scelta dei Deputati». Da tale *Preambolo* e dalle misure previste dalla legge per la tutela della libera espressione del voto si evidenziava la connessione strumentale tra il principio della personalità del voto e il principio della segretezza del voto, che da questo momento in poi rappresenterà il retroterra della concezione della libertà del voto che avrà ampio eco nei dibattiti dell'Assemblea costituente italiana³⁷.

La stesura del testo dell'edito del 1848 fu affidata a una Commissione di nomina regia costituita il 21 febbraio, presieduta da Cesare Balbo. Anche il conte di Cavour fece parte di questa Commissione, dando un apporto tecnico molto significativo per l'elaborazione del sistema elettorale e, soprattutto, per la scelta del voto segreto³⁸. Il pensiero cavouriano aveva come unico scopo la formazione di un «corpo elettorale nazionale» che fosse in grado di esprimere, in piena indipendenza, quella funzione pubblica che era chiamato a svolgere secondo le tesi milliane. Per Cavour, perché ciò fosse possibile, era essenziale tutelare ogni singolo elettore dalle pressioni del Governo e dagli attori della compagine politica. Questa era la naturale vocazione del voto che Cavour aveva difeso nei dibattiti in seno alla Commissione, riuscendo a far introdurre lo scrutinio segreto nella legge elettorale del 1848. Cavour così argomentava: «Il voto aperto è utilissimo nelle assemblee deliberanti per tutte le quistioni di dottrina e di governo; ma nelle quistioni elettorali è sorgente di pessime conseguenze»³⁹.

Il voto segreto avrebbe avuto una funzione, per così dire, pedagogica, perché era in grado di far sviluppare nell'elettorato attivo quel senso d'indipendenza di giudizio che avrebbe fondato un corpo elettorale nazionale. La *ratio*

³⁷*Ex multis*, E. BETTINELLI, *All'origine della democrazia dei partiti*, Edizioni di Comunità, 1982; G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani. L'italietta*, Giappichelli, Torino, 2009; ID., *Storia costituzionale degli italiani. Il popolo delle scimmie*, Giappichelli, Torino, 2015.

³⁸D. ZANICHELLI, *Gli scritti del Conte di Cavour*, in C. PISCHEDDA, G. TALAMO (a cura di), *Camillo Cavour - Tutti gli scritti*, Centro Studi Piemontesi, 2016.

³⁹D. ZANICHELLI, *Gli scritti del Conte di Cavour*, *op. cit.*, pp. 49-50.

sottesa al pensiero cavouriano ben si amalgamava con la sua stessa concezione dell'estensione del suffragio. Infatti, il corpo elettorale nazionale doveva essere composto da soggetti che avessero determinati requisiti, perché fossero scelti i “migliori”, chiamati ad esercitare una funzione pubblica – come quella dell'esercizio del voto - senza pericolo per l'ordine sociale. Tali requisiti si riassumevano in indipendenza di giudizio, intelligenza, interesse al mantenimento dell'ordine sociale e, in certi casi, requisiti di censo o di capacità. Per Cavour, quindi, il corpo elettorale nazionale doveva comporsi di un'élite intellettuale”, con determinate doti culturali e intellettive, perché era la stessa funzione pubblica del voto che lo chiedeva⁴⁰.

In merito alla funzione pedagogica del voto segreto nel pensiero di Cavour, Gratteri respinge l'opinione di Romanelli, secondo il quale con Cavour sono state rispolverate le tesi del modello individualista, come delineato in senso critico da Carl Schmitt⁴¹. Per Gratteri, la coerenza sostanziale del pensiero cavouriano, intorno all'opportunità di adottare il voto segreto per formare l'indipendenza degli elettori, si manifesta nella netta opposizione di Cavour avverso le *divisioni* e le *gare cittadine*⁴². Ciò troverebbe seguito nella relazione di accompagnamento della proposta di legge del 1858, a firma di Cavour, ove si legge che la proposta mira «a preservare le elezioni dagli abusi che le viziano nel loro principio e potrebbero, a lungo andare, esporre a gravi cimenti le nostre

⁴⁰C. BENSO, Conte di Cavour, *La legge elettorale*.

⁴¹R. ROMANELLI, *Le regole del gioco. Note sull'impianto del sistema elettorale in Italia (1848-1895)*, in *Quaderni storici*, a. XXIII (1988), n. 69, pp. 685, ove l'autore sostiene che «il rifiuto del voto palese era dunque un momento tra i principali della scelta operata a favore del modello individualista, e contro la vischiosità municipalistiche».

⁴²A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, *op. cit.*, p. 12. Il Conte di Cavour così si esprime sul voto palese «è conciliabile colle lunghe e forti abitudini del viver libero in Inghilterra, non potrebbe introdursi fra noi senza gravissimi inconvenienti. Prima di tutto nuocerebbe all'indipendenza degli elettori, ch'essi debbon gelosamente conservare sia in faccia al governo, sia in faccia allo spirito di parte, che pretendessero influire sulla spontanea loro elezione. Darebbe luogo a gelosie e odi personali, spargerebbe in tutto il paese semi di divisioni e di gare cittadine», in R. ROMANELLI, *Le regole del gioco. Note sull'impianto del sistema elettorale in Italia (1848-1895)*, 685. Si segnala che il voto palese fu abolito in Inghilterra con il *Ballot Act* del 1872.

istituzioni»⁴³. L'obiettivo di tale proposta di legge era quello di assicurare libere elezioni, prevedendo la qualificazione dei brogli elettorali come reato. La proposta non ebbe seguito in Parlamento, ma Rattazzi, con l'approvazione del decreto reale del 20 novembre 1859, riuscì ad introdurre norme repressive del fenomeno⁴⁴.

La svolta in termini di riconoscimento della tutela della segretezza del voto si ebbe con l'approvazione della legge 22 gennaio 1882, n. 593, grazie alla quale si estese il suffragio e si ottimizzarono le procedure elettorali e, con l'adozione della legge 7 maggio 1882, n. 725, si introdussero i collegi plurinominali⁴⁵. La riforma prese avvio a seguito dell'instaurazione del governo di Depretis, il quale sollecitò la formazione di una Commissione parlamentare *ad hoc*⁴⁶. Nel 1878 fu istituita una nuova Commissione che vantava come membri illustri Attilio Brunialti e Zanardelli, allora Ministro dell'interno⁴⁷.

La legge 22 gennaio 1882, n. 593, firmata in calce da Depretis, Presidente del Consiglio, e da Zanardelli, Ministro della Giustizia, era il prodotto finale delle elaborazioni dottrinali e delle discussioni parlamentari intorno alle procedure elettorali e, ai nostri fini, ove l'art. 54 del t.u. in materia elettorale, 24 settembre 1882, n. 999, disponeva che le procedure elettorali dovessero svolgersi «in modo da assicurare il segreto del voto». Infatti, ampio spazio è stato dedicato al tema nella *Relazione* presentata alla Camera da Zanardelli. Per Zanardelli, la

⁴³Proposta n. 75, Progetto di legge sul broglio nelle elezioni politiche e amministrative del 24 giugno 1858. Vedi V. FRANCO, A. KOLEGA, A. LACONELLI, M.A. QUESADA (a cura di), *Fonti documentarie sulla legislazione elettorale 1848-1882*, Roma, 1991, pp. 20-21. Vedi A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, op. cit., pp. 12-13.

⁴⁴E. CUCINIELLO, *La legge elettorale politica 17 marzo 1848*, Roma-Milano-Torino, 1910, p. 70.

⁴⁵I due testi di legge (Legge 22 gennaio 1882, n. 593 e Legge 7 maggio 1882, n. 725) furono coordinati nel Testo unico del 24 settembre 1882, n. 999. Vedi A. BRUNIALTI, *La legge elettorale politica commentata*, Unione tipografico-editrice, Torino, 1882.

⁴⁶Il dibattito attorno alla riforma elettorale sfociò inizialmente in una proposta, che non ebbe buon fine, presentata da Nicotera alla Camera dei deputati e nel 1877 in una proposta di Francesco Crispi sullo scrutinio che non fu illustrata alla Camera per le sue dimissioni. Vedi A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, op. cit., p. 22; A. BRUNIALTI, *Legge elettorale politica commentata*, op. cit.

⁴⁷Nel 1879 Zanardelli si dimise da Ministro dell'Interni, per poi nel 1860 assumere l'incarico di relatore del progetto di legge presentato da Depretis.

democrazia rappresentativa, perché raggiungesse gli esiti auspicati, doveva assicurare *in primis* la libertà di scelta degli elettori, non perché si voleva tutelare il voto del singolo elettore come fosse una libertà privata, bensì perché il voto del singolo rappresentava la posizione nevralgica dell'elettorato nel circuito dello stesso sistema rappresentativo. Le elezioni, scrive Gratteri a proposito del pensiero di Zanardelli, erano così finalizzate «a conoscere la volontà dei cittadini, ma non fine a sé stessa, bensì per rappresentarla all'interno del Parlamento»⁴⁸.

Tale *background* scioglie le catene con la critica schmittiana dell'individualismo liberale ed accoglie la concezione del voto libero del singolo rispetto al corretto funzionamento della democrazia rappresentativa e delle sue istituzioni, come era stato sostenuto da Luigi Palma già qualche anno prima della riforma⁴⁹.

Secondo il pensiero di Palma una democrazia rappresentativa poteva funzionare solo con libere elezioni, le quali sarebbero state tali solo se «il voto di un cittadino qualsiasi (...) [fosse stato] indipendente e libero». Ciò sarebbe stato possibile allorquando «una buona politica elettorale» fosse stata in grado di apprestare tutela alla libertà e alla sincerità del voto. Il voto segreto doveva avere tale funzione, in altre parole «il voto segreto [era] la guarentigia dei deboli e delle minoranze, della libertà e della sincerità del suffragio». Di avviso parzialmente diverso era Serra Gropelli, il quale sosteneva che in linea teorica il voto palese «[fosse] uno spettacolo bello, edificante, quello del cittadino che si presenta[va] al cospetto del pubblico». ⁵⁰ Tuttavia, anch'egli ammetteva che la realtà dei fatti imponeva di accordare agli elettori il voto segreto, che appariva il male minore rispetto ai fenomeni corruttivi. Probabilmente nella tesi di Serra Gropelli era molto presente l'influenza del concetto di Mill del voto palese e della sua funzione di “moralità politica”, salvo poi ripiegare sul dato reale che imponeva una presa di coscienza diversa.

⁴⁸A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione democratica*, op. cit. p. 25.

⁴⁹L. PALMA, *Del potere elettorale negli stati liberi*, Milano, Treves Editore, 1869.

⁵⁰E. SERRA GROPELLI, *Della riforma elettorale*, Nabu Press, 2012.

Illuminanti appaiono le asserzioni di Zanardelli nella Relazione alla legge del 1882, ove spiegava alla Camera perché la Commissione parlamentare aveva individuato come punto focale della riforma la tutela della segretezza del voto. Egli riconosceva che le condizioni della vita reale «[erano] tali da far sì che la pubblicità [togliesse] ogni libertà, ogni sincerità, ogni indipendenza del voto»; la pubblicità era un'insidiosa forma di clientelismo perché il singolo viveva in rapporti sociali di forza, ove era *servus* di un *dominus*, per cui si sarebbe sentito costretto ad assecondare le richieste, anche elettorali, del proprio *dominus*. Ogni elettore avrebbe percepito di vivere sotto l'incudine della pubblicità che comprometteva la libertà e l'indipendenza delle proprie scelte, queste ultime «inceppate dal timore di eccitare i risentimenti del potere, o quelli del padrone, del proprietario, del creditore, del cliente da cui l'elettore dipende; sarebbero [state] compromesse dalla stessa influenza e prepotenza dei partiti». Tale situazione dilagava in concomitanza con l'estensione del suffragio, per cui, sosteneva Zanardelli, «il voto segreto [era] la protezione dei deboli», ed esso era servente allo scopo delle elezioni di conoscere la volontà dei cittadini ed «[era] evidente che questa volontà non si p[oteva] veramente conoscere se non quando l'elettore p[oteva] esprimerla fedelmente, secondo coscienza, senza preoccuparsi delle conseguenze che gliene po[tevano] derivare»⁵¹.

Con riferimento all'implementazione della tutela della segretezza del voto, la riforma elettorale del 1882 fu bene accolta dalla dottrina tra cui da Brunialti, il quale così scriveva: «il segreto del voto è guarentigio meglio, ma insieme lo sono la libertà, la verità, il buon ordine dell'elezione, garanzie della maggiore importanza, senza le quali l'allargamento del potere politico e quello del collegio avrebbero accresciuto la corruzione»⁵². Inoltre, egli sosteneva che «condizione prima di libertà di voto è il segreto di esso (...) troppi sono nelle società moderne coloro che per una ragione o per un'altra dipendono da in-

⁵¹Relazione della Commissione sul disegno di legge "Riforma della legge elettorale politica", presentata alla Camera dei Deputati nella tornata del 21 dicembre 1880.

⁵²A. BRUNIALTI, *Legge elettorale politica commentata, op. cit.*, LVIII.

fluenze contro le quali non potrebbero lottare palesemente»⁵³. Anche Sidney Sonnino salutò con approvazione la tutela della segretezza del voto, ritenendola funzionale alla realizzazione dell'ordine sociale e politico, il quale era realizzabile anche tramite l'attuazione del principio di eguaglianza nell'ambito dei diritti elettorali⁵⁴.

Durante l'età giolittiana furono approvate nuove leggi in materia elettorale che sfociarono nel t.u. 28 marzo 1895, n. 83, con il quale si sancì una nuova stagione di riforme in materia elettorale. Con il già menzionato t.u. si stabilì il ritorno al collegio uninominale e nuovi procedimenti per ridurre l'alto tasso di brogli negli esiti elettorali⁵⁵. Tuttavia, questi interventi legislativi non furono sufficienti ad arginare il fenomeno, così da imporre una nuova stagione di riforme culminata con l'approvazione della legge elettorale recepita nel t.u. del 26 giugno 1913, n. 821.

La riforma elettorale prese avvio nell'aprile 1910 con il forte sostegno di Giovanni Giolitti. La legge fu approvata prima dalla Camera dei deputati fra il 9 e il 25 maggio del 1912 e, in seguito, dal Senato il 27 giugno, e promulgata il 30 giugno 1912.

Il punto nevralgico di questa riforma elettorale fu con certezza l'estensione del suffragio agli analfabeti, aumentando la percentuale dei votanti di circa 2,5 volte. Non a caso il 18 marzo 1911 Giolitti dichiarò alla Camera dei deputati: «Io credo che, al giorno d'oggi, sia indeclinabile un ampliamento del suffragio»⁵⁶; e successivamente Benedetto Croce ammise che il suffragio universale

⁵³A. BRUNIALTI, *Il diritto costituzionale e la politica nella scienza e nelle istituzioni*, 1° vol., 1896, p. 629.

⁵⁴Intervento del 6 febbraio 1882 alla Camera dei deputati, in S. SONNINO, *Discorsi parlamentari di Sidney Sonnino*, 82, cit. in A. GRATTEI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, p. 25.

⁵⁵Vedi A. GRATTEI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, pp. 38-43.

⁵⁶Giovanni Giolitti così si esprime «Io credo che, al giorno d'oggi, sia indeclinabile un ampliamento del suffragio. Dopo vent'anni dall'ultima legge elettorale, una grande rivoluzione sociale è avvenuta in Italia, la quale produsse un grande progresso nelle condizioni economiche, intellettuali e morali delle classi popolari. A questo progresso, secondo me, corrisponde il diritto a una più diretta partecipazione nella vita politica del Paese», cit. in C. PAVONE, *L'avvento del suffragio universale in Italia*, in G. SABBATUCCI, *Le riforme elettorali in Italia (1848-1994)*, Edizioni Unicopli, Milano, 1995, pp. 101 ss.

era stata una tappa ineliminabile per l'evoluzione dello Stato italiano. Il legislatore doveva apprestare una riforma che tenesse maggiormente in conto rispetto al passato la necessità di garantire la segretezza e la sincerità, *rectius* libertà del voto degli analfabeti elettori. Del resto, l'argomento della segretezza del diritto di voto, come elemento indefettibile della libertà di voto, non era estraneo a Giolitti, il quale più volte aveva sostenuto la necessità di mantenere il voto segreto e di implementarne le garanzie, soprattutto in concomitanza dell'affermazione dei partiti politici di massa e, in particolar modo, del partito socialista, quest'ultimo più incline a pressare gli elettori delle classi meno abbienti. Il voto segreto era indiscutibilmente l'unico mezzo per garantire la libertà degli elettori.

Con tale riforma s'introdusse (art. 59 del t.u) la c.d. busta Bertolini, dal nome del suo relatore alla Camera, con la quale si rese possibile la lettura della scheda elettorale soltanto strappando un lembo della scheda. In questo modo si contemperavano le esigenze di tutela della segretezza del voto e la garanzia della sicurezza del voto, perché si evitasse il rischio che gli operatori elettorali sostituissero le schede durante le operazioni di voto. Inoltre, all'articolo 86 del t.u. furono specificate dettagliatamente le cause di nullità del voto per sanzionare i casi lampanti di violazione della segretezza del voto, quali, a titolo di esempio, le irregolarità formali della busta, i segni di riconoscimento sulla busta o sulla scheda elettorale, l'illeggibilità del nome del candidato⁵⁷.

Nonostante l'accento posto dalla riforma sulla tutela della segretezza e di sincerità del voto degli analfabeti, la Commissione della Camera dei deputati bocciò due proposte di Giolitti, mutate da altre precedenti già elaborate da Luzzatti, che avrebbero adottato procedure elettorali più sicure, come l'obbligo di dichiarazione preventiva delle candidature (tramite la sottoscrizione di cento elettori, ad eccezione dei deputati uscenti) e l'adozione della scheda di Stato⁵⁸.

⁵⁷A. PIRONTI, G. SPANO, *Codice elettorale italiano*, Torino, Utet, 1903.

⁵⁸Le schede elettorali erano stampate e distribuite dai candidati, purché rispettassero i requisiti di forma indicati all'articolo 79, comma 3, del T.u. Vedi A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, op. cit., pp. 44-54.

Un'altra stagione di riforme elettorali si ebbe con l'estensione ai massimi termini del suffragio universale maschile con legge 16 dicembre 1918, n. 1985⁵⁹, e con l'adozione del sistema elettorale proporzionale con la legge 15 agosto 1919, n. 1401. Le due leggi confluirono nel testo unico del 2 settembre 1919, n. 1495.

Durante questa stagione di riforme si discusse nei dibattiti parlamentari sull'opportunità di introdurre la scheda di Stato, perché essa avrebbe rappresentato una tappa obbligata del cammino già intrapreso in precedenza verso la tutela della libertà di voto degli analfabeti, a maggior ragione in concomitanza con l'adozione del suffragio universale maschile⁶⁰. Infatti, il Governo aveva presentato una proposta di legge per introdurre la c.d. scheda lenzuolo, i cui oneri di stampa sarebbero gravati sullo Stato. Anche Filippo Turati, sulla falsariga della proposta di Luzzatti del 1910, propose l'introduzione di una scheda di Stato, la quale sarebbe stata anche più funzionale in relazione al sistema proporzionale adottando⁶¹.

Nonostante l'attenzione riposta sull'opportunità di introdurre la scheda di Stato, essa non fu mai approvata dalla Camera dei deputati, si ritiene, per motivi squisitamente politici: la scheda Bertolini avvantaggiava i deputati liberali che avevano più presa nei collegi uninominali di propria elezione⁶².

La nuova legge elettorale, dunque, consolidò il sistema della scheda Bertolini del 1913 con l'introduzione di alcuni requisiti: la presentazione preventiva e obbligatoria delle liste sottoscritte da un minimo di trecento ad un massimo

⁵⁹La nuova legge elettorale riconosceva il diritto di voto inalienabile a tutti gli uomini sopra i ventuno anni e a tutti coloro che, alla data elettorale, avessero prestato servizio militare attivo. Furono eliminati dalla legge i requisiti censitari, si ritiene per premiare i giovani che avevano prestato servizio militare durante la I guerra mondiale. Vedi S. NOIRET, *La nascita del sistema dei partiti nell'Italia contemporanea. La proporzionale e le elezioni del 1919*, Manduria, Lacaita, 1994, pp. 81-101; C. MONTALCINI, A. ALBERTI, *La legge elettorale politica. Testo unico del 2 settembre 1919, n. 495. Commento teorico-pratico*, Bologna, Zanichelli, 1919.

⁶⁰S. FURLANI, *Strutture elettorali e Parlamento*, Roma, 1970, p. 31 ss.

⁶¹Per una analisi comparata degli Stati ove era stata già adottata la scheda di Stato pre-stampata, si veda A. CASERTANO, *Il diritto di voto. Storia, dottrina, funzione*, Napoli 1912; L. PALMA, *Corso di Diritto Costituzionale*, op. cit., 93-111.

⁶²S. NOIRET, *La nascita del sistema dei partiti nell'Italia contemporanea. La proporzionale e le elezioni del 1919*, op. cit., 81 ss.

di cinquecento elettori per collegio (art. 52 t.u.); ogni lista doveva presentare lo stesso contrassegno che doveva essere stampato sulla scheda (art. 53, comma 7, t.u.); la scheda doveva rispettare dei requisiti di forma ai sensi dell'articolo 57 del t.u.⁶³. Si noti che il compito di predisporre le schede secondo i requisiti formali dettati dal t.u., era affidato formalmente ai partiti o gruppi politici in genere, i quali avevano così la funzione pubblica di stampare le schede e di procedere alla loro distribuzione fra gli elettori, considerando che il giorno prima delle elezioni era obbligatorio depositare presso la segreteria di ogni comune del collegio un numero di schede modello pari al numero delle sezioni del comune. È interessante notare che i primi commentatori della legge elettorale trassero i primi risultati positivi dall'adozione della busta Bertolini, già avvenuta con la legge del 1912, infatti Montalcini e Alberti sostenevano che la busta di Stato aveva fatto una «così eccellente prova nelle ultime elezioni a evitare qualsiasi broglio»⁶⁴, che appariva logico mantenerne il funzionamento con la nuova legge elettorale.

Così facendo, il sistema della busta Bertolini ben assicurava la segretezza del voto dell'elettore, perché la scheda elettorale era rimessa dentro la busta dietro un apposito paravento. Nota Noiret che il diritto degli elettori di portare da fuori le schede, spesso già compilate, aumentava il rischio che ogni elettore lasciasse nella cabina elettorale, davanti agli occhi indiscreti dei successivi elettori, le schede in sovrannumero. Ciò avrebbe comportato due possibili conseguenze: se le schede erano state compilate con la medesima scelta di voto (sia per il voto di lista, sia per il voto di preferenza o voto aggiunto), avrebbe permesso di scrutare per chi avesse votato l'elettore precedente; viceversa, se le schede non fossero state compilate allo stesso modo, il voto segreto dell'eletto-

⁶³I requisiti formali per la scheda elettorale richiesti dall'articolo 57 del t.u. del 1919 erano: dodici centimetri per lato; al centro un cerchio di sei centimetri diviso in due parti; il simbolo della lista stampato nella parte superiore; stampate le linee corrispondenti al numero di preferenze nel collegio nella parte inferiore (da una a quattro); le facciate della scheda dovevano essere identiche. Vedi G. AMBROSINI, *Sistemi elettorali*, Firenze, 1946, p. 59.

⁶⁴C. MONTALCINI, A. ALBERTI, *La legge elettorale politica. Testo unico del 2 settembre 1919, n. 495. Commento teorico-pratico politica*, op. cit., p. 150.

re precedente sarebbe stato maggiormente tutelato⁶⁵. A ciò si aggiunga che il lascito dell'elettore precedente avrebbe potuto fungere da strumento d'influenza e deterrenza rispetto all'elettore successivo, oltre che essere uno strumento di controllo degli elettori che si recavano in gruppo a votare presso gli uffici elettorali.

La circostanza che la stampa e la distribuzione delle schede fossero affidate ai gruppi politici comportò la consapevolezza che anche i relativi costi economici gravassero su questi ultimi. Infatti, Turati, già nel 1913, affermò che con la scheda Bertolini sicuramente sarebbero state salvaguardate la segretezza e la sincerità del voto, al fine di assicurare libere elezioni; tuttavia, per completare l'opera di riforma verso la tutela della libertà del voto, si rendeva necessario che i relativi costi gravassero sullo Stato⁶⁶. Del resto, la necessità di contenere i costi di produzione delle schede elettorali trapelava nei discorsi parlamentari.

La scelta del legislatore fu quella di mantenere il sistema del 1913 con la busta Bertolini e la scheda predisposta dai partiti. Secondo Gratteri è ravvisabile un'incongruenza sostanziale nella scelta del legislatore, perché l'adozione di un sistema elettorale proporzionale con obbligo di presentazione preventiva delle liste avrebbe avuto più seguito con la scheda di Stato proprio a protezione, maggiore che in passato, della segretezza, sincerità e libertà di voto degli elettori, soprattutto se analfabeti⁶⁷. Quanto affermato si apprezzava maggiormente se si considerava che, ai sensi dell'articolo 72, comma 7, del t.u. del 1919, le schede potevano essere scritte anche all'esterno del seggio, con evidente detrimento della segretezza del voto degli analfabeti, mentre ai sensi dell'articolo 72, comma 7, furono vietate le stampe dei voti di preferenza. Si creava in

⁶⁵S. NOIRET, *La nascita del sistema dei partiti nell'Italia contemporanea. La proporzionale e le elezioni del 1919*, op. cit., p. 93.

⁶⁶In effetti, la necessità di contenere i costi delle tornate elettorali indusse il Governo a non adottare una Scheda di Stato e a mantenere il sistema congeniato già nel 1913. Vedi M.S. PIRETTI, *Le elezioni politiche in Italia dal 1848 ad oggi*; ID. *La giustizia dei numeri. Il proporzionalismo in Italia (1870-1923)*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 208.

⁶⁷A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, op. cit., p. 65.

questo modo una disparità di trattamento nell'esercizio del diritto di voto tra elettori alfabeti ed elettori analfabeti, perché gli analfabeti difficilmente avrebbero potuto esprimere il voto di preferenza, oltre al voto di lista, ma avrebbero dovuto farsi compilare la propria scheda elettorale da altre persone prima di recarsi agli uffici elettorali. In questo modo era facilmente intuibile che l'elettore avesse subito pressioni, non solo in campagna elettorale, ma soprattutto durante il tragitto verso l'ufficio elettorale di riferimento. Onde evitare consimili situazioni, la stessa legge prevedeva agli articoli 65, 71, 115 e 116 disposizioni atte a garantire il corretto svolgersi delle procedure elettorali, consentendo al presidente di sezione di servirsi della forza pubblica per far rispettare l'ordine, sia dentro gli uffici elettorali, che fuori di questi. Si legga al riguardo l'articolo 116 del Titolo V della legge sulle disposizioni "generali e penali": «chiunque con violenze o minacce o con tumulti, invasioni nei locali destinati alle operazioni elettorali e con attruppamenti nelle vie d'accesso alle sezioni o nelle sezioni stesse con clamori sediziosi, con oltraggi agli elettori o ai membri dell'ufficio nell'atto delle elezioni (...) turba la libertà del voto o in qualunque modo altera il risultato della votazione è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con una multa da lire 500 a lire 5.000». L'attenzione riposta dal legislatore sulla necessità di garantire la libertà del voto si tradusse, quindi, nella predisposizione di strumenti posti a preservare la segretezza del diritto di voto dei nuovi elettori.

2.2. Il diritto di voto nel periodo fascista

La scheda di Stato non tardò ad arrivare nel sistema elettorale italiano, con l'adozione della legge del 18 novembre 1923, n. 2444, più conosciuta come legge Acerbo⁶⁸.

La scelta del legislatore di adottare la scheda di Stato non era certamente mossa dai dibattiti dottrinali e parlamentari che fino a quel momento si erano

⁶⁸La Legge Acerbo stabiliva all'articolo 84 bis, che la lista che avesse ottenuto il maggior numero di voti nel Collegio unico nazionale, di cui almeno il 25% validi, ricevesse l'assegnazione di 356 seggi, pari ai 2/3 dei 533 disponibili.

susseguiti nei processi di riforma elettorale; anche la scheda di Stato venne piegata alle esigenze di rafforzamento del Partito fascista⁶⁹. Chiarificatrici in tal senso furono le parole di Matteotti davanti alla Camera dei deputati il 30 maggio 1924. Egli denunciò i brogli che avevano caratterizzato le elezioni del 6 aprile, affermando che «coloro che ebbero la ventura di votare e di raggiungere le cabine, ebbero, dentro le cabine, in moltissimi Comuni, specialmente della campagna, la visita di coloro che erano incaricati di controllare i loro voti. Se la Giunta delle elezioni volesse aprire i plichi e verificare i cumuli di schede che sono state votate, potrebbe trovare che molti voti di preferenza sono stati scritti sulle schede tutti dalla stessa mano, così come altri voti di lista furono cancellati, o addirittura letti al contrario». Pochi giorni dopo, Matteotti venne rapito e ucciso con due coltellate da una squadra della polizia politica fascista. La scheda di Stato rappresentava così la soluzione più logica all'interno di un nuovo sistema elettorale, ove era stato istituito un Collegio unico nazionale, a sua volta composto dalle liste circoscrizionali che potevano contenere fino ad un massimo dei 2/3 dei candidati da eleggere. La scheda di Stato facilitava le operazioni elettorali perché, con il sistema elettorale su due livelli, quello nazionale e quello circoscrizionale, e con le liste unificate, non erano più necessarie le schede predisposte dai partiti; ora era lo Stato ad occuparsi dello svolgimento della procedura elettorale e della predisposizione delle schede elettorali, al fine di far percepire agli elettori il ruolo centrale giocato dalla lista del Partito fascista e delle liste ad essa collegate. Gratteri ha condivisibilmente affermato che «la legge Acerbo abbandonò la scheda di partito e la busta di Stato del decennio precedente perché tali apparati non servivano lo scopo che essa perseguiva: la creazione di un blocco politico stabile attorno al Partito fascista»⁷⁰.

⁶⁹G. SABBATUCCI, *Il suicidio della classe dirigente liberale. La legge Acerbo 1923-1924*, 1989, p. 57 ss.

⁷⁰A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, op. cit., p. 70.

Sabattucci ha descritto il momento di approvazione della legge Acerbo come «il suicidio della classe dirigente liberale»⁷¹, perché ha preferito accettare gli avvenimenti con la superbia di poter “normalizzare” il fenomeno fascista nelle istituzioni rappresentative. Ad esempio, la previsione dell'art. 53 e articolo 57 del t.u., introdotte dall'articolo 6, comma 3, Legge del 17 maggio 1928, n. 1019, ha vanificato l'importanza della scheda di Stato, perché l'articolo 53 del t.u. disponeva che l'elettore dovesse esprimere il proprio voto con un «sì» o con un «no», mentre l'articolo 57 del t.u. prevedeva due schede, una per il «sì», il cui interno era tricolore, ed una per il «no», il cui interno era di colore bianco⁷². Le due schede venivano consegnate all'elettore prima del suo ingresso nella cabina elettorale; successivamente, l'elettore piegava la scheda scelta e riponeva la scheda non utilizzata in una teca collocata nella cabina elettorale⁷³. Con questo sistema il partito fascista poteva controllare come gli elettori avessero votato, trasformando lo strumento di tutela per eccellenza quale quello della segretezza del voto in uno strumento di controllo sociale in un clima di pressioni e violenze⁷⁴, nonostante Mussolini continuasse a sostenere alla Camera che: «questo plebiscito si svolgerà in assoluta tranquillità, non eserciteremo seduzioni o pressioni. Il popolo voterà perfettamente libero»⁷⁵.

⁷¹G. SABBATUCCI, *Il suicidio della classe dirigente liberale. La legge Acerbo 1923-1924*, op. cit., pp. 103-128.

⁷²Per l'analisi della Legge 17 maggio 1928, n. 1019 vedi A. ACQUARONE, *Il fascismo e la riforma della rappresentanza. La legge elettorale del 1928*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 129 ss.

⁷³Con questo sistema di voto la consultazione elettorale era ridotta ad una semplice espressione di consenso o di dissenso nei confronti dell'indirizzo politico del Governo.

⁷⁴G. SABBATUCCI, *Il suicidio della classe dirigente liberale. La legge Acerbo 1923-1924*, op. cit., 125: «Le intimidazioni, le violenze, le irregolarità che avevano accompagnato la campagna elettorale e le stesse operazioni di voto ebbero certamente un'incidenza notevole sulle proporzioni del successo fascista». Vedi S. FURLANI, *Strutture elettorali e Parlamento*, op. cit., p. 47, per la descrizione del clima di brogli e violenze durante la tornata elettorale del 1924, l'unica ove si applicò la Legge Acerbo.

⁷⁵Discorso tenuto da Mussolini alla Camera l'8 dicembre 1928, a chiusura della XXVII legislatura, in D. SUSMEL, E. SUSMEL, *Opera omnia di Benito Mussolini, vol. XXIII*, Firenze, La Fenice, 1957, pp. 267 ss.

3. Il dibattito in Assemblea costituente sull'articolo 48 Costituzione, il principio democratico e l'uguaglianza politica, economica e sociale

In seguito alla dittatura fascista e alla Seconda guerra mondiale, la creazione delle basi della democrazia e del sistema costituzionale italiano ha condotto i Padri costituenti a riservare un posto preminente nella nostra Costituzione al suffragio universale, la cui massima espressione è l'articolo 1 Costituzione, ove si afferma che «La sovranità appartiene al popolo che la esercita nei limiti e nei modi stabiliti in Costituzione»⁷⁶. Secondo la dottrina costituzionalista più autorevole, il principio della sovranità popolare *rectius* del suffragio universale, deve essere letto assieme all'articolo 48 Costituzione, perché il combinato disposto di tali articoli segnano una svolta epocale nel sistema di democrazia rappresentativa *in fieri*. Infatti, posto che il diritto di voto è un “diritto” di cui sono titolari tutti gli appartenenti al “corpo elettorale”, l'ordinamento giuridico riconosce e garantisce la partecipazione – mediante il voto – del maggior numero possibile dei componenti della comunità politica democratica di appartenenza. In ciò si annida il ruolo del voto elettivo quale strumento d'instaurazione del rapporto rappresentativo, ove «la garanzia costituzionale del diritto di voto è oggi innanzi tutto rivolta ad assicurare la massima corrispondenza tra “democrazia” e “rappresentanza”, attraverso l'affermazione del principio della sovranità popolare»⁷⁷, oltre ogni disuguaglianza economica e sociale ai sensi dell'art. 2 e 3 Cost.

Il percorso verso l'affermazione del suffragio universale s'intreccia ancora una volta con quello delle garanzie costituzionali delle modalità di esercizio del diritto di voto, a testimonianza di come uno studio sulla natura del diritto di voto e delle sue tecniche di funzionamento sia un faro per la verifica del funzionamento delle democrazie che perseguono la lotta alle disuguaglianze. Non a caso l'evoluzione della democrazia politica già dallo Stato liberale è andata di

⁷⁶C. MORTATI, *Art. 1*, 1 ss.

⁷⁷E. GROSSO, (*Voce*) *Art. 48*, pp. 972 ss. Vedi R. ROMBOLI, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, 1984, pp. 159 ss.

pari passo con l'affermazione del principio del suffragio universale e della sovranità popolare, di cui le garanzie del diritto di voto rappresentavano la naturale conseguenza al fine di porre argine alle disuguaglianze economiche e sociali. Con l'avvento della Costituzione italiana è terminato questo cammino che ha visto trionfare il suffragio universale, così da imporre la necessità di una disposizione costituzionale in grado di perseguire l'estrinsecazione del principio di eguaglianza formale attraverso la garanzia del diritto di voto, prevedendo l'estensione del suffragio e limiti al diritto di voto scevri da differenziazioni basate su differenze di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali⁷⁸.

La discussione in Assemblea costituente sull'approvazione dell'articolo 45 del progetto preliminare di Costituzione, discusso e approvato nelle sedute del 21 e 22 maggio 1947, non comportò particolari problemi nella fase di approvazione definitiva da parte dell'Assemblea. Il motivo per il quale si procedette con scioltezza era ravvisabile nella circostanza che i principi, poi rifluiti nella disposizione costituzionale dell'articolo 48, erano già entrati nell'epidermide del sistema costituzionale italiano che i governi dello Stato provvisorio avevano iniziato a tessere⁷⁹. Infatti, all'articolo 1 dello schema di progetto di legge presentato il 27 ottobre 1945 dalla Commissione per l'elaborazione della legge elettorale politica per l'Assemblea costituente, si stabilì che l'Assemblea sarebbe stata eletta a suffragio universale «con voto diretto, libero e segreto»⁸⁰; in seguito, la Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, meglio conosciuta come Commissione Forti, nella relazione per l'avvio dei lavori dell'Assemblea, caldeggiò la necessità di una disposizione costituzionale definitiva del voto, che doveva essere «uguale, libero, segreto e personale»⁸¹.

⁷⁸In questi termini Corte costituzionale sent. n. 96 del 1968 e sent. n. 39 del 1973.

⁷⁹E. GROSSO, *(Voce) Art. 48*, 972 ss.

⁸⁰Vedi *Atti della Commissione per la elaborazione della legge elettorale politica per l'Assemblea Costituente*, Ministero per la Costituente, Roma, s.d., p. 167.

⁸¹Vedi Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea Costituente*, vol. I, Ministero per la Costituente, Roma, 1946, 122.

Sulla stessa scia si posero le proposte di qualificazione del voto di Basso, di Merlin e di Mancini.

La formulazione definitiva del diritto di voto fu elaborata e approvata dalla I Sottocommissione “*Diritti e doveri dei cittadini*” presieduta da Tupini, il 15 novembre 1946; la disposizione così recitava: «Il voto deve essere uguale, libero, segreto e personale ed è un dovere civico e morale». In seguito, le proposte della I Sottocommissione furono presentate alla Commissione per la Costituzione che, assieme alla relazione presentata alla Presidenza dell'Assemblea il 31 gennaio 1947, definitivamente stabilì all'articolo 45 che «Il voto è personale ed eguale, libero e segreto. Il suo esercizio è un dovere civico e morale»⁸².

Era ormai pacifico per i Padri costituenti che il voto fosse la via per educare alla libertà democratica il nuovo e ampio tessuto elettorale in un arco costituzionale che garantisce l'uguaglianza. Infatti, sia la legge elettorale per l'Assemblea costituente, sia le scelte di regole procedurali del processo elettorale tendevano a tutelare la segretezza del voto al fine di garantire la piena libertà di ogni singolo elettore. In particolare, la prima prevedeva che, all'art. 34, comma 5, l'elettore dovesse votare «in modo che [fosse] assicurata l'assoluta segretezza del voto»⁸³ e, inoltre, si optò per l'adozione della scheda di Stato⁸⁴, ricalcando la vecchia definizione che ne dava la legge Acerbo del 1923, prevedendo due schede separate: una per il *referendum* istituzionale e l'altra per l'elezione dell'Assemblea costituente.

Del resto, nulla sembra essere mutato nel corso dei decenni trascorsi dalla entrata in vigore della Costituzione italiana, perché il principio della segretez-

⁸²La formulazione attuale, confluita nell'attuale articolo 48, comma 2, così dispone «Il voto è personale ed eguale, libero e segreto. L'esercizio del voto è un dovere civico» – vedi M. COSULICH, *Il sistema elettorale del Consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, pp. 40 ss. – essendo stato espunto il riferimento al «dovere morale» a causa dell'acceso dibattito che si registrò attorno alla questione della moralità e obbligatorietà del voto. Vedi G. CORDINI, *Il voto obbligatorio*, 81 ss.; M. IACOMETTI, *Sull'obbligatorietà del voto nelle consultazioni popolari dell'ordinamento giuridico italiano*, 39 ss.

⁸³D.Lgs. n. 74 del 1946.

⁸⁴Vedi seduta del 10 ottobre 1945, verbale n. 17, in *Atti della Commissione per la elaborazione della legge elettorale politica per l'Assemblea Costituente*, Ministero per la Costituente, Roma, s.d., p. 135.

za del voto, come presidio alla garanzia della libertà del voto, è rimasto un punto fermo nella interpretazione costituzionale della legislazione elettorale ordinaria, al fine di assicurare l'eguaglianza del voto. Basti pensare che la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 96 del 1968, nel dichiarare l'incostituzionalità di una norma della Regione Siciliana che consentiva l'identificazione del votante, ha affermato chiaramente che la segretezza del voto «si risolv[e] anche in garanzia di libertà»⁸⁵. Del resto, ricorda Lanchester che «l'art. 48 Cost. si pone, infatti, come parametro unitario per tutte le votazioni elettive e deliberative del cosiddetto corpo elettorale (...). Esso si configura, quindi, come il pilastro dei rapporti politici di cui al titolo IV della parte I della Costituzione»⁸⁶.

3.1. La formulazione dell'art. 48 Cost. e la sua strumentalità rispetto al principio di eguaglianza

L'art. 48 Costituzione, che sancisce il principio del suffragio universale, al suo secondo comma, specifica i caratteri del voto, stabilendo che esso “è personale ed eguale, libero e segreto. Il suo esercizio è un dovere civico”, in diretta connessione con il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. per assicurare la partecipazione alla vita politica, economica e sociale del singolo ai sensi dell'art. 1 e 2 Cost.

Da questa disposizione, la dottrina ricava due coppie di garanzie fondamentali: la *personalità-uguaglianza* e la *libertà-segretezza* del voto⁸⁷.

In riferimento alla prima coppia di garanzie fondamentali, per *personalità-uguaglianza* del voto si intende che il voto deve essere espresso solo da colui che è titolare del relativo diritto e che, pertanto, non è permesso cedere, né delegare

⁸⁵Corte costituzionale, sentenza 10 luglio 1968, n. 96, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 1527 ss.; Corte costituzionale, sentenza 12 aprile 1973, n. 39, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 365 ss.

⁸⁶F. LANCHESTER, *Voto (diritto di) a) Diritto pubblico*, pp. 1127 ss. Per l'analisi più dettagliata dei principi di cui all'art. 48, comma 2, Cost, si veda U. PROSPERETTI, *L'elettorato politico attivo*; S. FURLANI, *Elettorato attivo*, p. 452; T. MARTINES, *Le Camere*, sub *Commento agli artt. 56-58*, pp. 81 ss.; G. PITRUZZELLA, voce *Elezioni. II) Elezioni politiche: elettorato*, 4; E. BETTINELLI, voce *Diritto di voto*, pp. 225 ss.; E. GROSSO, (*Voce*) *Art. 48*, pp. 972 ss.

⁸⁷Più diffusamente, A. GRATTERI, *Il valore del voto. Nuove tecnologie e partecipazione elettorale*, op. cit.; v. anche P. PASSAGLIA, *Un segreto da conservare (riflessioni sulla presumibilità ex ante dei voti espressi)*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2010, pp.42 e ss.

tale diritto a terzi. Dunque, il requisito della personalità del voto deve essere garantito dall'ordinamento italiano, non solo nel momento dell'identificazione del votante, ma anche nel momento dell'espressione del voto. Tali sono i presidi previsti dal t.u. delle leggi per l'elezione della Camera dei deputati 30 marzo 1957, n. 361, al fine di evitare ipotesi non così remote di mercificazione del voto che inevitabilmente violerebbero il principio di uguaglianza perché alcuni soggetti delegati eserciterebbero voti plurimi, fatte salve le ipotesi di eccezioni ragionevoli di delega del voto (es. casi di disabilità fisica).

Per quanto concerne la garanzia della personalità del voto, appare evidente che le modalità di esercizio di voto a distanza o per corrispondenza non ne garantiscano il pieno soddisfacimento. Ciò ci permette di chiarire da subito che in Italia non si potrebbe mai ammettere, ad esempio, l'*e-vote* a distanza o *home vote*⁸⁸, perché non si avrebbe la certezza dell'identificazione dell'avente diritto al momento dell'esercizio del voto.

In ordine alla seconda coppia di garanzie fondamentali, cioè quella della *libertà-segretezza* del voto, già Martines riteneva che “l'unico modo in cui l'ordinamento può assicurare la libertà formale del voto è quello di farlo esprimere – mediante gli opportuni accorgimenti – in segreto”⁸⁹. Dunque, la libertà e la segretezza del voto sono elementi complementari e necessari per assicurare un pieno diritto di voto ai sensi dell'art. 48 Costituzione. A conferma di ciò si pone il divieto stabilito di recente di accedere alla cabina elettorale con telefoni mobili, macchine fotografiche, per rafforzare la tutela della segretezza del voto che, quindi, risulta essere un requisito indisponibile⁹⁰.

⁸⁸In merito, v. A.G. OROFINO, *L'espressione elettronica del suffragio*, in *Diritto & Internet*, 2006, n. 2.. V. anche L. CUOCOLO, *Voto elettronico e postdemocrazia nel diritto costituzionale comparato*, cit., nonché, in precedenza, E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, in *Quaderni dell'osservatorio elettorale*, n. 46, 2002.

⁸⁹T. MARTINES, *Commento agli Artt. 48, 56-58 Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1984, 43.

⁹⁰E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, cit., p. 15. L'Autore sostiene “La tutela della segretezza del voto si pone in termini oggettivi, perché è una garanzia non solo interna, cioè riferita alla libertà del singolo, ma anche esterna, nel senso che ha rilevanza oggettiva, perché solo così si ottiene un elevato grado di attendibilità del risultato elettorale: “questo aspetto comporta che non basta il fatto che il singolo si senta *protetto, solo e sicuro* all'atto

Le garanzie costituzionali del diritto di voto di cui all'art. 48 Cost. fungono pertanto da completamento dell'arco costituzionale dello Stato di diritto costituzionale e della storia della affermazione del suffragio universale. Garantire la libertà e la genuinità del voto passa necessariamente dalla eliminazione delle discriminazioni sociali ed economiche ai sensi dell'art. 3, comma 1 e 2 della Cost., per permettere al singolo di esprimere la propria personalità, partecipando alla vita politica della comunità di appartenenza, di cui l'esercizio del voto è l'elemento più alto di partecipazione in un ordinamento giuridico democratico ove la sovranità appartiene al popolo ai sensi dell'art. 1 Cost.

4. Diritto di voto ed emergenza pandemica. Considerazioni conclusive

L'emergenza pandemica ha evidenziato che il perseguimento del principio di eguaglianza rischia di vivere forti battute d'arresto anche in materia di esercizio del diritto di voto, se non si continuano a garantire le guarentigie del voto, anche con il rispetto delle procedure elettorali.

Effettivamente nelle ultime tornate elettorali che si sono svolte in un clima di contingenza pandemica si sono garantite le procedure elettorali, seppur con qualche accorgimento, ad esempio applicando la clausola di rinvio delle date elettorali, giustificato dalla congettura emergenziale sanitaria⁹¹. In particolare, in Italia, è stato approvato il Decreto del Presidente della Repubblica 5 marzo 20, con il quale è stato revocato il precedente Decreto del 28 gennaio 2020 di indizione, per il giorno di domenica 29 marzo 2020, del referendum costituzionale confermativo previsto per la domenica del 29 marzo 2020. Tuttavia, con tale d.p.r. non è stata fissata una nuova data del referendum che è stato pertanto rinviato a data da destinarsi. Del resto ai sensi dall'art. 15 della l. n.352/1970, per il referendum costituzionale, il Governo ha sessanta giorni

dell'espressione del voto; è anche necessario che tutti gli elettori *siano ragionevolmente certi* della effettiva segretezza del voto espresso di ciascuno. Da qui l'indispensabilità di *postazioni di voto* (o di trasmissione del voto) *pubbliche e sorvegliate*?

⁹¹A. de GUTTRY, *Diritto di voto e pandemia: le norme internazionali e gli interventi degli organismi sovranazionali*, in *federalismi.it*, n. 20/2020; M. SICLARI, *Votazioni ed emergenza sanitaria*, in *Nomos*, n. 2/2020.

dalla comunicazione dell'ordinanza della Corte di Cassazione che lo ha ammesso, per stabilire la data che deve cadere in una domenica compresa fra il 50° e il 70° giorno successivo allo stesso decreto d'indizione. Successivamente con l'approvazione del d.l. n. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito successivamente in l. 24 aprile 2020, n. 2714), all'art. 81 è stabilito che per il referendum costituzionale, in deroga all'articolo 15, primo comma, della l. 25 maggio 1970, n. 352, il termine entro il quale esso sarebbe stato indetto, sarebbe stato fissato in duecentoquaranta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza che lo aveva ammesso. Per il Dipartimento per le Riforme istituzionali il referendum avrebbe dovuto essere indetto entro il 19 settembre 2020 ovvero per una domenica compresa tra il 50° ed il 70° giorno successivo a quello dell'indizione.

Successivamente con il Decreto-legge 20 aprile 2020, n. 26, Disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020, si è proceduto al rinvio delle elezioni suppletive per la Camera ed il Senato, prevedendo altri 240 giorni per fissare il termine per indire le elezioni comunali che avrebbero dovuto svolgersi nella primavera estate 2020 (rinvio ad una domenica compresa tra il 15 settembre e il 15 dicembre 2020) e delle elezioni regionali. A ciò si è anche aggiunta la proroga di tre mesi del mandato degli organi elettivi delle regioni a statuto ordinario il cui rinnovo era previsto entro il 2 agosto 2020, purché le elezioni si sarebbero dovute svolgere esclusivamente nei sessanta giorni successivi al termine della nuova scadenza.

Da ultimo l'art. 3, comma 1, del d.l. n. 25/2021, per assicurare il necessario distanziamento sociale, ha stabilito che le operazioni di votazione per l'elezione diretta dei sindaci e dei consigli comunali nonché per l'elezione dei consigli circoscrizionali, si dovessero svolgere, in deroga a quanto previsto dall'articolo 1, comma 399, della legge 27 dicembre 2013, n. 147. Successivamente con decreto della Ministra Lamorgese, sarebbero state indette le elezioni per il 4 e il 5 ottobre 2021.

Tutti i provvedimenti di rinvio delle date elettorali sono stati motivati a causa della emergenza pandemica, come del resto è avvenuto anche in altri Stati⁹². Non affrontando in questa sede i dubbi di costituzionalità relativi al rinvio delle elezioni per il tramite della decretazione d'urgenza⁹³, si è evidenziato che le procedure elettorali poste a tutela dell'esercizio del voto sono state garantite anche in costanza di pandemia sul piano formale.

Tuttavia, se sul piano legale e formale il principio di eguaglianza continua ad essere garantito grazie al rispetto delle procedure elettorali, seppur con correttivi dettati dall'emergenza sanitaria, il piano del problema si sposta su un campo d'indagine fattuale: il dilagare delle disuguaglianze economiche e sociali, acuite dagli effetti pandemici. Le disuguaglianze generate in modo esponenziale dalla pandemia rischiano di vanificare le conquiste storiche in materia di diritto di voto e, dunque, dell'affermazione del principio di eguaglianza anche sul piano sostanziale, direttamente consustanziale alla partecipazione democratica degli aventi diritto. Probabilmente il dato dell'astensione deve essere analizzato anche alla luce della voragine che si aperta tra classi socioeconomiche, posto che nel 2020 è andato a votare solo il 50,3% degli aventi diritto e nel 2021 il 54,65%, dato che ha registrato un ulteriore crollo per i ballottaggi pari a circa il 43%. Il risultato della astensione all'esercizio di un diritto fondamentale quale il diritto di voto non può essere attribuito solamente ad una generale disaffezione rispetto alle vicende politiche e alla partecipazione alla *res publica*. Il dato deve allarmare perché appare direttamente consequenziale al divario economico e sociale che si sta acuendo tra la popolazione, soprattutto dopo le vicende pandemiche.

Se dunque dalla ricostruzione storica e giuridica del diritto di voto è stato reso evidente che il diritto di voto è sia mezzo che fine di lotta alle disuguaglianze personali, economiche e sociali, l'epoca che stiamo vivendo ci pone in-

⁹²Cfr. A. de GUTTRY, *Diritto di voto e pandemia: le norme internazionali e gli interventi degli organismi sovranazionali*, in *federalismi.it*, n. 20/2020.

⁹³*Ex multis*, R. BORELLO, *L'incidenza della pandemia di Covid-19 sulle votazioni pubblicistiche: alcune riflessioni di diritto interno e comparato*, in *Nomos*, n. 2/2020, pp. 1-28.

nanzi una ulteriore riflessione ovvero che non sarà mai sufficiente la sola affermazione del principio di eguaglianza e del diritto di voto in senso formale per garantire la tenuta del sistema democratico e costituzionale. Non basta garantire lo svolgimento corretto delle procedure elettorali sul piano formale, ma le attenzioni degli amministratori della cosa pubblica, a tutti i livelli di governo, devono essere dirette ad elaborare e attuare azioni positive per ridurre questi gap economici e sociali, in una svolta epocale che è assimilabile per importanza al periodo di espansione e riconoscimento del suffragio universale. Se non si rendono concretamente possibili le condizioni di esercizio di voto a causa delle diseguaglianze economiche e sociali, la conquista del suffragio universale e, dunque, il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale per il tramite del diritto di voto, potrebbe perdere il ruolo di promotore dello sviluppo del Paese.

IGNAZIO IMPASTATO

Ricercatore confermato abilitato associato di Diritto amministrativo nell'Università di Palermo
ignazio.impastato@unipa.it

**EGEMONIA VS. SOVRANITÀ: OLTRE LO STATO DI
DIRITTO PER UN DIS-ORDINE GLOBALE? SPUNTI SU
ALCUNE FORME GIURIDICHE (COSMOPOLITE)***

**HEGEMONY VS. SOVEREIGNTY: BEYOND THE RULE OF LAW
FOR A GLOBAL DIS-ORDER? LIGHT FOOD FOR (A-NEW-
COSMOPOLITAN LEGAL) THOUGHT**

SINTESI

Martha Nussbaum, la pensatrice di *Chicago*, ha recentemente affermato che le nazioni e le identità nazionali sono i migliori – e gli unici - strumenti per alimentare la dignità universale: l'autonomia individuale e la sovranità sono nozioni simili che si sostengono a vicenda, ma il *partner* politico naturale della concezione kantiana dell'autonomia individuale resta la sovranità nazionale, non già la sua sublimazione nella dimensione sovranazionale. Ciò che, in altre parole, può essere racchiuso nel cd. “*cosmosovranismo*”, che muove dagli effetti di ricaduta dei valori globali direttamente conseguenti alle dinamiche del mondo internazionale (e cosmopolita). Il punto di vista della *Nussbaum* agevola una visione pluralistica (o pluri-dimensionale) della sovranità. Il suo approccio è ancora più propizio in un contesto internazionale o globale: il passaggio dalla sovranità nazionale o tradizionale a quella cosmopolita delinea una diversa linea di indagine fondata sull'impossibilità o, piuttosto, sull'inopportunità di estendere sia le (nozioni europee di) "tradizioni costituzionali comuni" che i "criteri di identità costituzionale" degli Stati membri in un contesto globale (segnato, se non trasfigurato, da una nuova guerra fredda 4.0?). L'autore avverte, infatti, un certo grado di incommensurabilità tra la nozione di Stato di diritto dei paesi liberali (non

* Questo *paper* ricalca lo schema delle riflessioni sviluppate nel mio intervento al *panel* “*Cosmopolitan sovereignty*” in seno al convegno organizzato da “*ICON-S Mundo*” dal titolo “*The Future of Public Law*”, tenutosi in modalità *online* (<https://mundo.icon-society.org>) dal 6 al 9 luglio 2021.

necessariamente occidentali) e quella (nozione di Stato) effettiva in altri Paesi (Cina e Russia, *in primis*): donde la verificabilità di un fenomeno che sembra coincidere con un “dis-ordine globale”. Ora, ragionare in termini strettamente giuridici potrebbe non essere sufficiente: come è stato osservato, *bypassare* il concetto di identità costituzionale al fine di vietare qualsiasi strumentalizzazione fondata su ulteriori argomenti giuridici, è come un cane che si morde la coda. L'unico rimedio, epistemico e semantico allo stesso tempo, è la contestualizzazione in dinamiche più ampie come quelle sociali, culturali, di coscienza individuale (alla maniera di Antonio Gramsci), assumendo la nota prospettiva “egemonica” (piuttosto che quella sovran-istic-a); una scelta metodologica che può condurre l'analisi su un piano di indagine intriso altresì di profili sociali e politici, dai quali la sovranità nazionale è stata costretta ad emanciparsi in ragione delle forze ordo-liberali (con l'effetto collaterale di forgiare democrazie senza “strutture”). Tale passaggio consente di agganciare il ragionamento al mondo del multilateralismo: a questo proposito, la dottrina ha delineato un altro modo di penetrare e contaminare le entità internazionali oltre le nozioni di egemonia e sovranità, riferendosi all'“isomorfismo istituzionale” in una dimensione trans-nazionale, nozione attraverso la quale i processi globali di cambiamenti socio-politici favoriscono l'omogeneizzazione dei modelli organizzativi istituzionalizzati. Tuttavia, i risvolti applicativi di tale teoria riguardano un fenomeno ancora da esplorare con precisione: si avverte però sin d'ora che, sul versante sociologico, questa indagine rivela il lato gramsciano della medaglia]

ABSTRACT

Martha Nussbaum, the Chicago philosopher, recently argued that nations and national identities are the best tools for conveying universal dignity: individual autonomy and sovereignty are similar ideas that support each other, but the natural political partner of the Kantian conception of the individual autonomy is the national sovereignty, not its sublimation into a supranational dimension. A concept that she made in a nutshell: the *cosmosovranism*, which assumes as

standing point of the reasoning the spill-over effects of the global values as a consequence of the international (and cosmopolitan) world. Nussbaum's point of view helps us at thinking at a pluralistic (dimensional) vision of sovereignty. Her approach is even more profitable if we try to reason in the light of the international or global level: the shift from national or traditional sovereignty to the cosmopolitan one sets out a different line of investigation which refers to the impossibility or, at least, the inopportunity to extend both the (European paradigmatic notions of) "common constitutional traditions" and the "constitutional identity criteria" of the Member States in-to a global context (which is marked by an ongoing new cold war 4.0?). The author indeed perceives a certain degree of incommensurability between the notion of the rule of law of liberal countries (not necessarily Western ones) and that effective in some others (China and Russia): phenomenon which can be baptized as global dis-order. Now, reasoning in strict legal terms could not be enough: as it has been said, bypassing the constitutional identity concept in order to ban any instrumentalization, through further legal concepts, is like a dog chasing its own tail. The only remedy, epistemic and semantic at the same time, is the contextualization in bigger dynamics such as those referred to social, cultural, individual conscience ones (in the Antonio Gramsci's way) assuming the well-known "hegemony perspective" (rather than the sovereignty one), ending up into a mixed one concept of sovereignty: not only legal hegemony, but a more complex one including social and political profiles by which the national sovereignty has been misled into new ordo-liberal democracies without (proper or commonly consolidated) structures. This leads also into the realm of a (regenerating or regenerated) multilateralism. In this respect, relevant doctrine has reviewed a recent work by outlining another way of penetrating and contaminating the international entities beyond the classical terms of hegemony and sovereignty, referring to the "institutional isomorphism" in an ultra-national dimension by which global processes of

socio-political changes favours the homogenization of institutionalized organizational models. However, the application of such theory is a phenomenon still to be explored accurately: it is clear though that the sociological side of this investigation support the Gramscian side of the coin.

PAROLE CHIAVE: sovranità – egemonia – globalizzazione – stato di diritto – Gramsci

KEYWORDS: sovereignty – hegemony – globalization – rule of law – Gramsci

INDICE: 1. Premessa: sovranità nazionale e globalizzazione. – 2. L'impatto dell'ordinamento eurounitario sulla sovranità nazionale. – 2.1. Segue: la sovranità nazionale tra le “*tradizioni costituzionali comuni*” e le “*identità costituzionali*” degli Stati Membri. – 3. L'impatto della globalizzazione sulla sovranità nazionale. – 4. Il dis-ordine globale tra egemonia e sovranità. – 4.1. Segue: cenni sul multilateralismo quale proiezione applicativa della prospettiva egemonica. – 5. Prime conclusioni.

1. Premessa: sovranità nazionale e globalizzazione.

In uno dei suoi ultimi lavori¹, la filosofa di *Chicago* Martha Nussbaum ha affermato che le nazioni e le identità nazionali costituiscono i reali (ed unici) vettori idonei alla trasmissione della dignità universale: autonomia individuale e sovranità sono nozioni liminali che si integrano reciprocamente, ma il *partner* politico naturale della concezione *kantiana* dell'autonomia individuale è la sovranità *nazionale*, non la sua sublimazione in una dimensione sovranazionale.

D'altra parte, alcuni autori hanno parlato dell'illusione della sovranità dei nuovi nazionalisti², distinguendo prima di tutto tra nazionalisti dell'Europa occidentale e altri nazionalisti – a riprova di un frastagliato panorama sovranonazionalista³ - e sfatando poi un *cliché*: i timori degli elettori derivanti dall'incertezza economica, i disagi dovuti ai cambiamenti accelerati nel panorama culturale (e materiale) dovuti all'immigrazione, non sono creati

¹M. NUSSBAUM, *La tradizione cosmopolita: un ideale nobile ma imperfetto*, Milano, Università Bocconi Editore, 2020.

²E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, Il Mulino, 2020, il quale muove dalla prescrittività giuridica della sovranità popolare; tema al quale ha dedicato particolare attenzione Luca R. Perfetti: tra i suoi ultimi lavori, v. *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 1/2021, 1 ss.; Id., *Sullo Statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, op. ult. cit., n. 2/2020, p. 52 ss.

³Cfr. M.C. PONTTHOREAU *The Reterritorialized State. Constitutional Pluralism vs. Constitutional Populism*, in V. BARSOTTI – M. GRAZIADEI (a cura di), *Il diritto oltre lo Stato*, Atti del VI Convegno Nazionale SIRD. Firenze, 25-27 ottobre 2018, Torino, Giappichelli, 2021.

artificialmente dai movimenti sovrani o neo-nazionalisti, poiché "*i politici non creano quasi mai nulla*": piuttosto tendono ad amplificare quelle paure, cavalcandole.

Ma l'aspetto che più si correla con quanto stiamo cercando di argomentare riguarda le reazioni neo-nazionaliste a queste paure che, secondo questo autore, consistono nella cosiddetta "*autarchia*" o in ciò che i neonazionalisti chiamano "*recupero della sovranità nazionale*": vale a dire che il meccanismo neo-nazionalista funziona come uno *slogan* elettorale quando i rappresentanti politici sono all'opposizione, ma esso perde credibilità quando essi assumono le redini governative.

La ragione sta nel fatto che gli Stati nazionali non hanno più il *phisque du role*.

L'incapacità di reggere all'impatto con la globalizzazione giuridica nasce dalla mancanza della (visione della) dimensione plurale della sovranità, in quanto intesa esclusivamente nella sua accezione politica: i movimenti sovrani e populistici si scontrano con la natura degli Stati di diritto a matrice liberale, perché essi sono cuciti su di un concetto sfuggente di nazione inidoneo a costituire il fondamento della sovranità intesa in senso pluralistico.

È da chiedersi allora dove stia la verità: cerchiamo di offrire una linea di ragionamento che in realtà valga più come un interrogativo.

2. L'impatto dell'ordinamento eurounitario sulla sovranità nazionale.

Conviene muovere dalle vicende tedesche nelle quali la Corte costituzionale federale (il *BundesVerfassungsgericht* o *Bverfg*) si è dovuta confrontare con le cc.dd. questioni di "*identità costituzionale*": vicenda ancora aperta, come dimostra la procedura di infrazione contro la Repubblica federale di Germania presentata il 9 giugno 2021 dalla Commissione europea⁴.

⁴La procedura d'infrazione ha preso le mosse dall'azione della Corte costituzionale federale tedesca, che il 5 maggio 2020 aveva emesso una sentenza sul Programma di acquisto del settore pubblico (*PSPP*) della Banca centrale europea (BCE), con cui lo dichiarava "*ultra vires*", in quanto esula-va dall'ambito delle competenze di quest'ultima.

Secondo la tesi dell'organo esecutivo dell'Unione Europea ("UE"), la Germania non solo avrebbe violato i principi fondamentali del diritto dell'UE, in particolare l'autonomia, il principio di primazia, l'effettività e l'applicazione uniforme del diritto dell'UE; ma avrebbe altresì interferito con il mandato giudiziario della Corte di giustizia europea ("CGUE").

Un caso simile è rappresentato dal giudizio pendente davanti al *Bverfg* instaurato da un gruppo di cittadini tedeschi avverso le conseguenze economiche e giuridiche derivanti dal Piano Europeo di Ripresa e Resilienza (il "*Pnrr*").

Tali vicende tradiscono l'urgente necessità di chiarire i confini tra l'integrità costituzionale dell'UE e la sovranità degli Stati membri: come nel caso relativo alla crisi dei vaccini, è diventato chiaro che l'Unione ha, di fatto, competenze limitate in alcune questioni peculiari.

Ma la crisi economica causata dalla pandemia dimostra che l'Unione non può essere limitata dalla regola dell'unanimità o da un blocco giurisdizionale nazionale nella sua capacità di agire e nella sua capacità di mobilitare risorse nell'interesse comune, in particolare in situazioni di emergenza che richiedono un'azione rapida al livello appropriato (come richiesto dal principio di sussidiarietà) al fine di prevenire un pericolo immediato per la salute e la vita umana dei cittadini europei.

La sede naturale per risolvere gli eventuali dubbi che un giudice nazionale può avere in merito alla legittimità dell'utilizzo dei mercati per finanziare le politiche europee di emergenza e all'aumento delle risorse proprie non può che essere la Corte di giustizia dell'UE, altrimenti l'Unione europea diventerà insostenibile.

Qualunque sarà la soluzione, ciò che più rileva ai nostri fini è la intima sostanza di tale fenomeno: da essa si evince che la *dialettica giuridica nazionale* tra cittadini, deputati, ministri ecc. intorno all'identità costituzionale attraversa la superficie di altri temi quali quelli economici – che sono normalmente sigillati

all'interno della Corte di giustizia – al punto tale che tale linguaggio riesce a plasmare il discorso europeo anche al di fuori dei confini nazionali (in questo caso, tedeschi).

Il fatto che i giudici degli Stati membri, in particolare le corti supreme (o costituzionali), siano autorizzati a riesaminare qualsiasi "*ultra vires*" degli atti delle istituzioni europee equivale implicitamente a negare il monopolio della CGUE sull'interpretazione autentica del Trattato: ciò che la Corte costituzionale tedesca ha fatto nella causa *Weiss* e alla stessa stregua di quanto fa la dottrina a proposito delle nozioni di identità costituzionale e di tutela della sicurezza nazionale.

In senso non del tutto conforme si muove la giurisprudenza del *Conseil d'Etat* francese, che esprime una propria versione della dottrina dei controlimiti, affermando che se esiste un diritto fondamentale nel diritto dell'Unione corrispondente a quello garantito dal diritto costituzionale francese, si deve applicare il diritto dell'UE si deve applicare il diritto dell'Unione come interpretato dalla CGUE⁵.

2.1. Segue: la sovranità nazionale tra le “tradizioni costituzionali comuni” e le “identità costituzionali” degli Stati Membri.

I profili sopra accennati si correlano alle critiche mosse nei confronti delle clausole di identità costituzionale (caso tedesco, caso svizzero, caso italiano Taricco, caso ungherese, da ultimo caso polacco) in grado di perforare il velo dell'ordinamento giuridico dell'UE.

In altre parole, è da chiedersi se tali profili spingano la riflessione oltre la tradizionale nozione di sovranità.

Secondo alcuni autori, come accennato, è possibile sostenere che il principio dello Stato di diritto appartiene non solo alla tradizione costituzionale co-

⁵Al contrario, solo se non esiste un tale diritto in entrambi gli ordinamenti degli Stati Membri e dell'UE, deve procedersi con l'applicazione del diritto costituzionale interno ed eventuale disapplicazione della norma UE: per un primo commento alla recente pronuncia del *Conseil d'Etat*, J. ZILLER, *Il Conseil d'Etat si rifiuta di seguire il pifferaio magico di Karlsruhe*, in <https://ceridap.eu/il-conseil-detat-si-rifiuta-di-seguire-il-pifferaio-magico-di-karlsruhe/?lng=en>.

mune degli Stati membri dell'UE, ma anche alla loro particolare identità costituzionale.

Il principio dello Stato di diritto è diventato uno degli imperativi fondamentali del diritto dell'UE: esso affonda le sue radici nelle tradizioni costituzionali comuni di tutti gli Stati membri dell'UE; il carattere comunitario di tale principio è stato riconosciuto anche in un contesto europeo più ampio rispetto all'UE stessa.

Il diritto dell'UE, dunque, deve riconoscere non solo ciò che è comune nelle tradizioni giuridiche degli Stati membri: l'UE è tenuta a rispettare le identità costituzionali degli Stati membri.

Nondimeno, è stato sollevato qualche dubbio sul fatto che i giudici costituzionali degli Stati membri continuino ad utilizzare l'argomento dell'identità costituzionale come scudo per la sovranità a tutti i costi: l'identità costituzionale non dovrebbe essere utilizzata per immunizzare atti statali che contraddicono i principi comuni di cui all'art. 6 T.U.E. o la leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, T.U.E.⁶

A tale riguardo la anzidetta dottrina ha suggerito di utilizzare *il linguaggio comune basato sulle tradizioni costituzionali*, che è, come nel caso Taricco, non solo inclusivo e pluralista, ma anche radicato nel diritto europeo e quindi più in linea con le aspirazioni del costituzionalismo cooperativo in Europa.

3. L'impatto della globalizzazione sulla sovranità nazionale.

Ora proviamo a ragionare in chiave internazionale o globale.

Il passaggio dalla sovranità nazionale o tradizionale a quella cosmopolita delinea una diversa linea di indagine che fa riferimento all'impossibilità o, almeno, all'inopportunità di estendere sia le tradizioni costituzionali comuni che i criteri di identità costituzionale in un contesto globale segnato da una nuova guerra fredda 4.0 in corso.

⁶G. MARTINICO – O. POLLICINO, "Use and Abuse of a Promising Concept: What Has Happened to National Constitutional Identity?", In *Yearbook of European Law*, Vol. 39, 2020, p. 228 ss.

Se la somma di questi due criteri equivale alla formula dello "Stato di diritto", è possibile argomentare che la sovranità (giuridicamente intesa), se congrua rispetto al principio dello stato di diritto, sembra di non agevole inquadramento nel contesto globale.

A questo proposito, è stato affermato che da un'osmosi di guerra a un'osmosi di pace il passo è breve: vale a dire che essendo in atto un conflitto mondiale tra USA e Cina, una forza (e legittimazione) politica *illiberale*, come quella che sembra promanare dalla Cina, è una realtà ("sufficientemente capitalistica") con cui gli studiosi devono fare i conti al fine di cogliere il nesso con le nozioni classiche quali la sovranità e lo Stato di diritto⁷.

V'è chi ritiene che una nuova idea del rapporto tra Stato e società stia prendendo forma anche in Cina: supervisione, sorveglianza, sicurezza, *governance* sociale, autogoverno, regole di integrità sono questioni centrali di questo nuovo paradigma cinese.

Tuttavia, notiamo un certo grado di incommensurabilità tra la nozione di Stato di diritto dei paesi liberali (non necessariamente occidentali) e quella effettiva in Cina: fenomeno che si potrebbe battezzare alla stregua di "disordine globale"⁸.

A questo proposito giova richiamare quanto sostenuto da alcuni autori in termini di possibilità di "*costituzioni senza costituzionalismo*" allorquando il consolidamento di nuove costituzioni non è accompagnato da un efficace radicamento dei valori costituzionali in ragione della disomogeneità delle condizioni e dei contesti culturali preesistenti.

⁷N. FERGUSON, "The China model: why is the West imitating Beijing?", in <https://www.spectator.co.uk/article/the-china-model-why-is-the-west-imitating-beijing>.

⁸Per dei riferimenti a tale locuzione, F. FONTANELLI, [Review of] Santi Romano. *The Legal Order*. Ed. Mariano Croce. New York: Routledge, 2017 [1917-1918], in <https://academic.oup.com/ejil/article/31/4/1537/6135573>; ma v. prima, J. PECK – A. TICKELL, *Jungle Law Breaks out: Neoliberalism and Global-Local Disorder*, in <https://www.jstor.org/stable/20003479>.

4. Il dis-ordine globale tra egemonia e sovranità.

Gli argomenti dianzi trattati conducono alla nozione di sovranità trans-nazionale nel contesto dell'UE: è da chiedersi infatti se di essi ci si possa avvalere in un contesto più ampio (e fumoso) intriso di un dis-ordine globale.

In altre parole, ragionare in termini strettamente giuridici potrebbe non bastare: come è stato osservato, *bypassare* il concetto di identità costituzionale al fine di vietarne qualsiasi strumentalizzazione attraverso ulteriori astrazioni giuridiche è un po' come il cane che si morde la coda.

L'unico rimedio, epistemico e semantico allo stesso tempo, è la contestualizzazione in dinamiche più grandi come quelle sociali, culturali, di coscienza individuale (*à la* Gramsci).

Ci si chiede invero se la prospettiva dell'egemonia, piuttosto che quella della sovranità, illumini meglio un nuovo sentiero esplorativo: non solo l'egemonia giuridica, ma una più complessa forma che includa quelle sociali e politiche mercè le quali la sovranità nazionale è stata trascinata nel viscido terreno delle nuove democrazie ordo-liberali senza strutture (adeguate o comunemente consolidate)⁹.

I principi comuni o la leale collaborazione sono nozioni che potrebbero essere messe a repentaglio all'interno del labirinto concettuale (precondizionale) della prospettiva egemonica.

Così facendo si finisce per approdare all'interno di un dibattito transnazionale, attraverso il quale l'egemonia e la sovranità rivelano l'altra faccia della medaglia delle relazioni internazionali: quella politica e/o socio-economica¹⁰.

⁹A. DI MARTINO, *Sulle premesse di un recente dibattito in tema di egemonia "giuridica": Antonio Gramsci e Heinrich Triepel*, in www.costituzionalismo.it.

¹⁰È vero, infatti, che ci sono molti Paesi che non hanno una specifica ideologia geopolitica: cercano solo di sfruttare il proprio "ruolo" geografico per perseguire meglio il proprio interesse nazionale in nome di un approccio multilateralistico. Il particolare momento è contrassegnato dal contrasto politico tra Germania e Stati Uniti: l'Europa può avere la possibilità di ottenere un margine di manovra autonomo nel grande gioco della superpotenza del mare e della terra. Tuttavia, va osservato che dopo che l'amministrazione Biden ha conquistato la Casa Bianca, le cose sono cambiate anche nell'Unione Europea prima; e nello scenario globale poi,

4.1. Segue: cenni sul multilateralismo quale proiezione applicativa della prospettiva egemonica.

Anche la lezione sulla pandemia indica la medesima direzione.

Quando sono entrati in gioco i meccanismi delle licenze obbligatorie o quello della condivisione delle tecnologie nel contesto delle vaccinazioni, il mondo ha dovuto fare i conti con un problema globale: probabilmente di natura amministrativa.

Era chiaro, infatti, che la soluzione non andava individuata in quei meccanismi poiché non potevano trovare pronta esecuzione, in quanto richiedevano una struttura e una capacità produttiva adeguate; non erano in grado di risolvere immediatamente i problemi di distribuzione o anche quelli di equità, a meno che non fossero gestiti in modo più ampio e coordinato.

Ma il problema è sorto anche prima o, per dirla diversamente, il problema di cui sopra era la conseguenza di ciò che mancava al mondo al momento della diffusione del *virus*.

E qui si staglia il profilo di diritto amministrativo (globale).

Il fondo *Covax* è stata un'iniziativa timida in questo senso: tale azione è stata intrapresa al di fuori del contesto di una rete giuridica di cooperazione tra Stati e attori privati; questi ultimi dovevano essere coinvolti fin dall'inizio nel contesto di un'azione di interesse pubblico (cioè amministrativa), al fine di condividere anche gli obiettivi e la portata (non solo sul versante della produzione¹¹).

Appare importante il profilo esecutivo della soluzione.

Ci riferiamo alla questione di come attuare questa linea d'azione: stipulare contratti tra privati insieme a trasferimenti garantiti di tecnologia; *joint venture* pubblico-privato al fine di realizzare un coordinamento efficace e coinvolgere l'economia di mercato.

come detto sopra per quanto riguarda la Cina, che ha aumentato il potere e la legittimazione al punto di conseguire nuovi accordi sul Pacifico.

¹¹Si può, a questo punto, parlare della sospensione, se mai fattibile, dei *Trips*: ma questa sarebbe comunque una soluzione miope ed in qualche modo tardiva.

Affrontare solo la questione brevettuale non è stato né poteva essere sufficiente: ecco perché l'Unione europea, ma più in generale le istituzioni globali richiedono ora la capacità di condividere le priorità politiche da un lato e di svolgere collaborazioni anche a livello tecnico industriale-distributivo, dall'altro.

Questi elementi aprono le strade al multilateralismo.

Alla luce di un recente lavoro si delinea un'altra via di penetrazione e contaminazione degli spazi internazionali in aggiunta ai termini classici di egemonia e sovranità¹²: ci riferiamo all'"*isomorfismo istituzionale*" in una dimensione ultra-nazionale nella quale i processi globali di cambiamenti socio-politici favoriscono l'omogeneizzazione dei modelli organizzativi istituzionalizzati.

Tuttavia, l'applicazione di tale teoria è un fenomeno ancora da esplorare con precisione: è chiaro però che il lato sociologico di questa indagine supporta il lato gramsciano della medaglia.

5. Prime conclusioni.

Come osservazione conclusiva, osserviamo che la *Nussbaum* ha ragione nella misura in cui suggerisce l'idea di combinare il cosmopolitismo al modello egemonico piuttosto che a quello della sovranità (inter-)nazionale, insieme al recupero di un approccio multilateralista.

¹²R.L. JEPPEPERSON - J.W. MEYER. *Institutional Theory. The Cultural Construction of Organizations, States, and Identities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021: per alcune prime recensioni, S. CASSESE, *Processi collettivi e modelli globali. Neo-istituzionalismo giuridico*, in *Ilsole24ore*, 13 giugno 2021; T. FELIN, N.J. FOSS, P.M. ABELL, *Microfoundations of Social Theory: A Response to Jepperson and Meyer*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1904666; M. LOUNSBURY, Ronald L. Jepperson and John W. Meyer: *Institutional Theory: The Cultural Construction of Organizations, States, and Identities*, in <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/00018392211045839>.

BIAGIO G. DI MAURO

Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Enna "Kore"

biagiodimauro7@hotmail.it

**UNA NUOVA STAGIONE PER LE LEGGI
PROVVEDIMENTO? LE LEGGI PROVVEDIMENTO NEL
PANORAMA SOCIALE E GIURIDICO ITALIANO DALLA
PROSPETTIVA DEI DIRITTI: DALL'EROSIONE DEL
SINDACATO STRETTO DI COSTITUZIONALITÀ ALLA
SLATENTIZZAZIONE DELLA RISERVA DI
AMMINISTRAZIONE**

**A NEW SEASON FOR TAILOR-MADE LAWS? TAILOR-MADE LAWS
IN THE SOCIAL AND LEGAL FRAMEWORK: FROM THE EROSION
OF STRICT SCRUTINY TO THE SPREADING OF ADMINISTRATION
RESERVE**

SINTESI

Il contributo ha lo scopo di illustrare la situazione delle leggi provvedimento all'interno del complesso panorama sociale e giuridico italiano e ne prefigura nuovi scenari applicativi. Dopo aver delineato lo statuto giuridico dell'istituto alla luce dei più recenti orientamenti interpretativi, viene condotta un'analisi dalla prospettiva dei diritti, nell'auspicato obiettivo di porre un argine alla proliferazione del fenomeno, mediante la valorizzazione del diritto alla tutela giurisdizionale (che richiama la differenza tra giustizia costituzionale e amministrativa) e del diritto al giusto procedimento (che implica la slatentizzazione della riserva di amministrazione).

ABSTRACT

The essay aims at showing tailor-made law's situation in the complex social and legal framework and foreshadowing new scenarios. After having outlined the status of institute in light of the most recent interpretative rules, an analysis is carried out from the perspective of the rights, with the desirable purpose of

narrowing the spreading of the phenomenon, through the enhancement of the right to judicial protection (which recalls the difference between constitutional and administrative justice) and the right to due process (which means the spreading of the administration reserve).

PAROLE CHIAVE: Leggi provvedimento; Sindacato stretto di costituzionalità; Riserva di amministrazione; principio del giusto procedimento; Diritto alla tutela giurisdizionale.

KEYWORDS: Tailor-made laws; Constitutional Strict scrutiny; reserve of administration; right to due process; right to judicial protection.

INDICE: 1. Premessa. La legge provvedimento tra società ed Autorità: attualità e implicazioni nel panorama istituzionale - 2. La legge provvedimento tra profili storici ed esigenza di ricostruzione unitaria - 3. L'ammissibilità della legge provvedimento - 4. Il sindacato delle leggi provvedimento - 5. Le necessarie verifiche sociologiche e la definizione degli obiettivi da raggiungere - 6. La differenziazione della tutela tra giustizia costituzionale ed amministrativa e l'erosione del carattere accentrato del sindacato di costituzionalità: le sentenze n. 2409 del 2021 del Consiglio di Stato e n. 168 del 2020 della Corte Costituzionale - 7. La slatentizzazione della riserva di amministrazione per la tutela della società? Dal rifiuto ad un implicito riconoscimento anche per le fonti statali: la recente sentenza n. 116 del 2020 della Corte Costituzionale

1. Premessa. La legge provvedimento tra società ed Autorità: attualità e implicazioni nel panorama istituzionale.

Nell'esperienza legislativa degli ultimi anni, specialmente con l'avvento della pandemia da Covid-19, la legge provvedimento, che costituisce uno dei terreni di elezione più importanti del rapporto tra Autorità e società¹, ha acquisito un rilievo ancor più pregnante nell'ambito del complesso panorama sociale ed istituzionale italiano.

Se nei primi approcci giurisprudenziali, i giudici costituzionali avevano manifestato un certo *self restraint* nei confronti della legge provvedimento, ritenendo che «dallo spirito dell'ordinamento costituzionale» si desumesse «la natura eccezionale della legge singolare»², senza mai esplicitare le condizioni necessarie a legittimare il legislatore all'adozione di atti amministrativi, oggi l'esercizio della funzione legislativa ha acquisito, in buona parte, carattere provvedimentale.

¹Per una più approfondita analisi dei rapporti tra Autorità e società con particolare riferimento alle tecniche legislative abusive si veda: L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio – Riflessioni sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Catanzaro, 2021.

²Corte Cost. n. 59 e n. 60 del 1957.

Il ricorso sempre più pervasivo alla legge provvedimento, che da strumento eccezionale e straordinario, si è trasformato – per così dire – nell'ordinaria forma di intervento dello Stato per far fronte alle impellenti esigenze politiche e socio-economiche, ripropone – con tutta evidenza – il tema sulla scena giuridica interna e rievoca i fondamentali e ancora oggi attuali spunti dottrinali e giurisprudenziali del passato.

Così, la legge provvedimento si inserisce nel quadro del costituzionalismo moderno e tenta, come un grimaldello atto a forzare una serratura, a scardinare l'equilibrio istituzionale e a indurre a nuove riflessioni su questioni che attengono agli abusi del potere politico, alla separazione dei poteri, alla protezione dei diritti³. La legge provvedimento, dunque, causa la crisi del sistema⁴.

Dal punto di vista statistico, se volgiamo lo sguardo verso i resoconti documentali della Camera, ci accorgiamo di come il Parlamento sia abitualmente dedito all'adozione di leggi provvedimento. Il rapporto 2019/2020 dell'Osservatorio sulla legislazione⁵, coerente con i precedenti, rappresenta come nei primi due anni della legislatura in corso, le leggi provvedimento e le leggi di manutenzione prevalgano numericamente su tutte le altre tipologie, occupando il 42% delle leggi complessive. Segnatamente, la *pie chart* dell'osservatorio accerta, per un verso, che la percentuale di leggi provvedimento adottate dal Parlamento (28%) sia più alta rispetto a quella della normativa istituzionale (20%), per

³Ciò che, però, si fa spesso fatica a credere è che il costituzionalismo moderno (e quindi anche quello europeo) non sia del tutto impermeabile alle operazioni di potere.

Credere nei valori che esso incarna non ha impedito che si potessero strutturare ed affermare regimi basati sulla supremazia parlamentare, o addirittura, su forme totalitarie o dittatoriali, peraltro a legittimazione plebiscitaria, sicché non è certamente peregrina l'idea secondo cui la Costituzione possa essere convertita in una sorta di scudo giuridico delle malefatte e degli abusi del potere politico. Si cfr.: G. BERTI, *Interpretazione costituzionale: Lezioni di diritto pubblico*, Quarta edizione, Cedam, 2001, p.7.

In questo senso, Max Weber era stato profetico nel constatare che le regole formali possono essere surrettiziamente strumentalizzate per insabbiare la violazione della sostanza che esse intendono garantire. Cfr.: M. WEBER, *Economia e Società*, Vol. II, Roma, 2003

⁴Per un maggiore contezza sugli effetti distorsivi derivanti dall'adozione di leggi provvedimento si vd: L.R. PERFETTI, *Legge provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 3, 2019, pp. 1021 ss.

⁵In questo senso: l'Osservatorio sulla legislazione, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione Europea, Rapporto 2019-2020*, sul sito ufficiale della Camera dei Deputati.; cfr. M. LOSANA, *Le leggi provvedimento: un tentativo di tematizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021, p. 498.

un altro verso, che la percentuale di leggi provvedimento della legislatura in corso sia di gran lunga superiore rispetto a quella della precedente (5% nella legislatura XVII).

Da una intuitiva analisi dei dati citati, si evince come nel sistema legislativo italiano – ma anche in altri sistemi contemporanei - sia fisiologico il ricorso alle leggi provvedimento, anche a costo di sacrificare il valore del costituzionalismo moderno, per il quale – in teoria – l’Autorità non può abusare della sua posizione dominante e ricacciare i diritti fondamentali degli individui, né tradire la forma democratica dello Stato.

Tuttavia, il problema si acuisce definitivamente nel momento in cui si verifica una proliferazione incontrollata del fenomeno, ovvero quando dalla fisiologia si degenera verso la patologia dell’abuso dello strumento. Ed è quello che è avvenuto in questi ultimi tempi⁶.

In questo senso, le evidenze statistiche – se mai ce ne sia bisogno – concorrono a fondare l’esigenza di rimeditare la categoria delle leggi provvedimento e ci consentono di muovere la nostra riflessione da alcuni punti fermi e da altri di domanda, per tentare di fornire una risposta attraverso gli strumenti giuridici a disposizione.

Partendo dal presupposto certo che una proliferazione incontrollata del fenomeno delle leggi provvedimento non fa altro che alterare, o meglio, invertire il rapporto tra regola ed eccezione in quanto determina l’introduzione di una serie di deroghe straordinarie alle prescrizioni generali vigenti, ci si chiede se lo

⁶In una prospettiva comparatistica, l’inefficiente *modus agendi* italiano può essere spiegato se confrontato con quello tedesco, in cui l’emergenza è stata combattuta, per un verso, con regole ordinarie ben calibrate e proporzionate sul piano dell’incidenza sui diritti fondamentali, per un altro, con risicate deroghe al sistema giuridico ordinario. La Germania, a differenza dell’Italia, ha evitato la reazione derogatoria d’urgenza, attraverso le prescrizioni di una legge del 2000 (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen o Infektionsschutzgesetz – IfSG*) che riconosceva all’Istituto *Robert Koch* poteri specifici per il contrasto alla diffusione delle malattie. La legge, inoltre, prevedeva obblighi cooperativi tra *land* e Stato centrale. Cfr.: L.R. PERFETTI, *L’emergenza si supera con le regole, non con le eccezioni*, Articolo in *FattoreErre – il Blog di Rubettino Editore*, 2020.

Stato in cui viviamo sia ormai divenuto di eccezione o di emergenza⁷ e se sia prevalentemente fondato sulle leggi provvedimento piuttosto che sulle leggi ordinarie formali. Ci si chiede, dunque, se l'involutione dello "Stato di diritto" sia orientata verso l'affermazione di un nuovo "Stato Amministratore o Stato di Amministrazione" e quindi se l'eccezione abbia a questo punto soppiantato la regola.

Tali interrogativi trovano risposta positiva in due specifiche degradazioni della funzione legislativa: da un lato, il calibro del *modus agendi* legislativo in relazione a particolari problematiche socio-economiche, dall'altro, l'inesistente programmazione istituzionale.

Sul primo versante, è necessario segnalare come il legislatore si sia comportato di fronte a talune disparate crisi, per comprendere che ogni problema è emergenza e che ogni emergenza è necessità di legge provvedimento in senso ampio. Il riferimento è alle leggi specifiche e puntuali adottate per affrontare e risolvere le crisi bancarie (Banche Venete, Banca Carige, Banca Popolare di Bari, Banca Etruria ed altre), le crisi ambientali (caso Bagnoli e Ilva), le crisi della compagnia di bandiera Alitalia (ora divenuta ITA), nonché le questioni relative alle grandi opere infrastrutturali o grandi eventi (ponte calabro-siculo⁸, ponte di Genova, Olimpiadi, EXPO Milano 2015) o ai migranti.

Sul secondo versante, è necessario constatare come la scarsa programmazione istituzionale sia foriera di un *modus* di intervento normativo fondato sulla deroga e sull'eccezione. Programmare significa, non soltanto guardare al futuro avuto riguardo del presente e del passato, ma anche prepararsi a qualsiasi evenienza ed essere pronti (e quindi anche eventualmente alla pandemia), per evitare di rimanere intrappolati nel panico emozionale.

Se manca la programmazione - con cui si pongono chiare e proporzionate regole di limitazione dei diritti (per superare l'emergenza) -, l'alternativa è la

⁷L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio*, cit., pp. 30 ss.; Id., *Emergenza e svuotamento delle garanzie giurisdizionali. Tendenze dei recenti provvedimenti aventi forza di legge del governo e preoccupazioni per quelli a venire*, in *Giustamm.it*, n. 8, 2016; cfr.: C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in annuario AIPDA, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, 2005, p. 5.

⁸Così definito da L. STURZO, *Appello ai siciliani, Prefazione di Giovanni Palladino*, 2002, p. 44.

legge *ad hoc* che deroga al regime giuridico ordinario. Per dirla con termini che, a nostro malgrado, ci suonano familiari: se non c'è il vaccino, occorre la cura, ma deve rimanere fermo il principio secondo cui è sempre meglio prevenire che curare.

Chiarite le premesse, l'obiettivo del presente scritto - posto che il costituzionalismo moderno non è riuscito ad arginare il fenomeno - è quello di adoperare alcuni strumenti giuridici che esso mette a disposizione, quali il diritto alla tutela giurisdizionale e il diritto al giusto procedimento, per porre un freno all'abuso del legislatore, nell'ottica di ricondurre la pratica della legge provvedimento nell'alveo dell'eccezione e di inaugurarne una nuova stagione istituzionale.

Dal punto di vista espositivo e metodologico, l'indagine, con un ordine di comprensione graduale e crescente, muove dal concetto di legge provvedimento e dalla sua elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in ordine all'ammissibilità e alla sindacabilità, per verificare quali siano i limiti tuttora esistenti all'agire legislativo secondo provvedimenti, nella prospettiva di una migliore tutela dei diritti coinvolti.

In particolare, ci si chiede: a) se la legge possa legittimamente, anziché attribuire un potere (discrezionale o vincolato) alla Pubblica Amministrazione, definire *ex se* la vicenda amministrativa specifica, disciplinando il singolo rapporto e superando la differenza tra disporre e provvedere⁹; b) in caso affermativo, se il legislatore vada incontro a specifici limiti nell'adozione delle leggi provvedimento; c) se vi sia spazio di critica giurisdizionale delle leggi provvedi-

⁹La preziosa distinzione, che costituisce un importante principio di teoria generale delle fonti del diritto, si deve a CRISAFULLI, e rimanda a sua volta ad un'altra differenziazione, quella tra norma e precetto. Segnatamente, nella norma, connotata dal fatto di ricollegare ad un'ipotesi generale ed astratta una conseguenza doverosa, si vede lo strumento del "disporre" e nel precetto, caratterizzato da una conseguenza doverosa ricollegata ad una situazione fattuale concreta, si nota lo strumento del "provvedere". Tuttavia, ed è lo stesso Autore ad affermarlo, non sempre la distinzione tra il "disporre" e il "provvedere" è così netta come appare, in quanto si adottano spesso norme che non rispecchiano pedissequamente lo schema esemplificato, come giustappunto le leggi provvedimento.

Cfr.: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale.*, cit.

mento e in che misura; d) se la legge provvedimento possa vivere una nuova stagione applicativa mediante la valorizzazione del diritto alla tutela giurisdizionale e del diritto al giusto procedimento.

Anticipando fin da subito la tesi di fondo dello scritto, si può fondatamente affermare che i diritti in questione, se applicati secondo gli schemi che si diranno nel prosieguo – seppur con risultati ed effetti diversi – riescono a temperare gli abusi dell'agire legislativo, favorendo il ritorno alla marginalità delle leggi provvedimento e il ripristino dello *status quo ante*.

2. La legge provvedimento tra profili storici ed esigenza di ricostruzione unitaria.

Se i pericoli insiti nella legge provvedimento sono tutto sommato intuitivi e se ne è data contezza nel paragrafo precedente in cui si metteva in risalto la necessità di accordare tutela ad alcuni diritti fondamentali dello Stato democratico, i contenuti su cui è stata costruita la locuzione sono tutt'oggi poco chiari.

Come ha evidenziato la migliore dottrina, sia l'estensione descrittiva dell'espressione (ovvero l'ambito delle leggi ascrivibili alla categoria), sia l'efficacia prescrittiva (ovvero il regime giuridico) sono ancora oggetto di discussione a distanza di anni¹⁰.

Si, perché sin dai primi tentativi di qualificazione, la legge provvedimento denotava un'anomalia di fondo¹¹, che inevitabilmente discendeva dalla contraddizione in termini derivante dall'accostamento del termine “legge” a quello di “provvedimento”.

Da un lato, la legge, che per sua natura non può ricostruirsi in termini assoluti ed eccentrici rispetto al contesto in cui si inserisce. Non occorre riprendere alcune storiche affermazioni di Zagrebelsky, secondo cui «non c'è [infatti] nessun'altra categoria giuridica così intrisa di valori metagiuridici come quella di legge: essa è, per eccellenza, il modo di essere concreto del diritto ed è chiaro che nella sua nozione si trovano riflessi i caratteri che ogni collettività politica attribuisce al diritto ed alla regola di diritto;

¹⁰M. LOSANA, *Le leggi provvedimento*, cit., pp. 498 ss.

¹¹S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007.

ed è chiaro anche che in ciò si riflette a sua volta chiaramente la stessa struttura politica della società», per esplicitare i profili della generalità e della astrattezza insiti nella legge¹², i quali rimandano ad una ricostruzione che guarda ad un atto che si rivolge a tutti e a situazioni disparate.

Da un altro, il provvedimento amministrativo, quale atto unilaterale, nominato e tipico, dotato di imperatività e finalizzato ad attuare l'interesse pubblico prescritto dalla legge, attraverso prescrizioni puntuali e concrete, che si rivolgono a precisi destinatari e a predeterminate situazioni

Basti confrontare, quindi, le essenze delle nozioni di legge e provvedimento amministrativo, per comprendere l'originaria contraddizione in termini che anima e affligge, contemporaneamente, la crisi di cui si discute.

D'altra parte, come ha evidenziato la migliore dottrina¹³, la fonte primaria costituente "la legge" non soffre le variegata aggettivazioni che sovente la accompagnano, in quanto i termini "statale, regionale, ordinarie, costituzionali" servono a richiamare semplicemente la forma e, dunque, il nome ufficiale, il regime giuridico o l'organo che ha deliberato. Nella legge provvedimento, invece, l'aggettivazione "provvedimento" incide sul termine "legge", in quanto la forma basta a spiegare soltanto la legge e non anche la locuzione che l'accompagna, la quale non può che identificarsi per il suo contenuto, e, quindi, per ciò che dispone e che viene qualificato come provvedimento.

¹²La dottrina, in verità, non ritiene che i caratteri della generalità, astrattezza e novità siano gli unici tratti caratteristici della norma giuridica. Si confronti in questa direzione: A. PIZZORUSSO, *Disposizioni sulla legge in generale. Delle fonti del diritto (artt. 1-9)*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, 1977, p. 16, secondo cui l'elemento distintivo della norma è dato esclusivamente dalla sua efficacia *erga omnes*; G. ZAGRELBESKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, p. 17, per il quale l'elemento decisivo che distingue gli atti normativi dagli altri atti giuridici è determinato dalla loro forma, "da intendersi nel senso pregnante del tipo di funzione di cui sono espressione, del tipo di procedimento e del tipo di soggetti che vi partecipano: se si vuole, del tipo di potere giuridico che li produce"; nel medesimo senso anche: R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in A. CICU, F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1998, p. 67 e ss. Più articolata, invece, la posizione di G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, p. 21 e ss., dove per individuare gli atti normativi, l'Autore, salvo eccezioni, utilizza sia il criterio formale che quello sostanziale, fondato sulla generalità e astrattezza del comando.

¹³G.U. RESCIGNO, *Leggi provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime*, Relazione esposta al 53esimo convegno degli studi amministrativi di Varenna del 22.9.2007 in *Dir. Pubbl.*, fasc. 2, p. 1

Quanto detto afferma l'evidente differenza tra legge in generale (o "legge non provvedimentale"¹⁴) e legge provvedimento, sul presupposto che la seconda sia un'anomalia, ovvero un atto legislativo che degenera o devia la sua traiettoria dall'ordinario concetto di legge e dalla sua classica natura¹⁵.

Se analizziamo il profilo storico legato alla vicenda, ci accorgiamo di una certa ritrosia nel definire "le manifestazioni dello Stato nel campo del diritto amministrativo"¹⁶ come legge provvedimento, segno di un'evidente difficoltà ad accoppiare due concetti notoriamente antitetici.

Dalle evidenze documentali disponibili, emerge che la legge provvedimento non è una costruzione concettuale di recente fattura, in quanto affonda le proprie radici in un passato ormai lontano¹⁷. L'espressione venne coniata per la prima volta nella prima decade del secolo scorso e la sua genuinità ed intuitività le permisero di conquistare un posto di sicura rilevanza nella dottrina e nella giurisprudenza ordinaria e costituzionale.

Nonostante fosse giuridicamente difficile accostare la legge al provvedimento amministrativo, la potenzialità espressiva della definizione e la sua carica polemica nei confronti di una delle forme più diffuse della degenerazione della

¹⁴Tale accezione si ritrova in G.U. RESCIGNO, *Leggi provvedimento costituzionalmente ammesse*, cit., p. 2.

¹⁵Così conclude, G.U. RESCIGNO, *Leggi provvedimento costituzionalmente ammesse*, cit., p.2: "Detto diversamente: esiste la legge secondo il concetto di legge ed esiste una legge che devia rispetto al concetto, e per questa ragione viene chiamata legge-provvedimento, come qualcosa che unisce insieme due caratteri che in principio stanno separati (i caratteri, tutti o alcuni, della legge e quelli, tutti o alcuni, tipici di un atto ben diverso che appunto nel linguaggio giuridico corrente si chiama provvedimento)".

¹⁶Lo spunto critico non può che trarsi dal titolo dell'opera di CAMMEO di cui alla nota successiva.

¹⁷L'espressione compare per la prima volta nello scritto di G. CAMMEO, *Della manifestazione dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO, (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Società Editrice Libreria, Milano, 1901, pp. 94 ss.; ma l'interesse scientifico verso questa particolare categoria di atti si è fortemente sviluppato grazie allo studio di C. MORTATI, che nella sua opera del 1968, intitolata *Leggi provvedimento*, ha imposto alcuni punti fermi dai quali i successivi dibattiti giuridici non hanno più potuto prescindere.

L'autore ha elaborato la nozione di legge provvedimento in *negativo* o in antitesi a quella della legge generale e astratta, nel senso che il carattere puntuale e concreto del suo contenuto è stato valutato come tratto distintivo rispetto alla generalità (intesa come capacità della norma di riferirsi ad un numero indistinto di destinatari) e all'astrattezza (intesa come capacità della norma di riferirsi ad un numero indistinto di comportamenti) che normalmente dovrebbe connotare le norme di legge. A questi caratteri, poi, ha aggiunto l'innovatività, intesa come la capacità della norma di concorrere a costituire o ad innovare l'ordinamento.

funzione legislativa colsero nel segno e fecero sì che la locuzione si affermasse nel sistema giuridico del tempo fino ad arrivare all'attualità dei giorni nostri¹⁸.

Tuttavia, l'ambiguità di fondo, sebbene superata sotto il profilo definitorio-classificatorio, ha sempre influenzato le ricostruzioni dogmatiche della legge provvedimento, conducendo alla contrapposizione tra teoria unitaria e teoria multiforme¹⁹.

Se nei primi approcci classici, il tentativo era stato quello di ricostruire in senso unitario il concetto e, quindi, di cercare di individuare i tratti comuni essenziali nell'ambito delle svariate tipologie di atti tendenzialmente ascrivibili alla categoria, negli studi più recenti, la tendenza è stata quella di segmentare la ricerca e di studiare in maniera piuttosto analitica le diverse fenomenologie, sul presupposto che dietro la locuzione legge provvedimento vi si celasse una realtà non già unitaria, ma eterogenea e multiforme²⁰. Alle ricerche tese ad illustrare i caratteri essenziali e strutturali comuni della categoria in chiave unitaria, sono succedute tesi analitiche e differenziate che prendono in considerazione il fenomeno sotto un punto di vista disomogeneo e multiforme.

Così, il fenomeno non è stato osservato da un punto di vista complessivo ed organico, ma da una prospettiva settoriale e specifica, che ha condotto – inevitabilmente – allo smembramento della categoria della legge provvedimento, alla sua inafferrabilità e, conseguentemente, alla sua liquidità.

Quel che ad oggi sembra necessario, quindi, è recuperare la vecchia e genuina attitudine organica degli studi classici, per ricacciare indietro il timore di perdere sistematicità di studio e per mantenere una qualche utilità pratica ed esplicativa dell'istituto, superando – finalmente – l'abitudine alla segmentazione e alla suddivisione in sottocategorie (ad esempio, leggi di sanatoria, leggi di in-

¹⁸Dello stesso avviso anche M. LOSANA, *Le leggi provvedimento*, cit., p. 498.

¹⁹G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 84 ss.

²⁰In questo senso G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, cit., cit.

interpretazione autentica, leggi auto applicative, leggi di mera esecuzione od attuazione).

D'altra parte, a prescindere dalla diversificazione degli atti a contenuto puntuale tendenzialmente ascrivibili alla macrocategoria, la legge provvedimento, ed è questo il punto di partenza, costituisce una delle forme di degenerazioni del parlamentarismo²¹ o, se si preferisce, della maggioranza parlamentare (che è espressione del Governo).

È una «*leggina*»²², un atto formalmente legislativo ma sostanzialmente amministrativo²³, che non dovrebbe costituire il *proprium* della funzione legislativa e che si caratterizza per «*l'incidenza su un numero determinato e molto limitato di destinatari e per un contenuto particolare e concreto*»²⁴, ma che è riuscito a tramandarsi dallo Stato liberale di diritto, passando per le Monarchie costituzionali, fino allo Stato sociale costituzionale.

La domanda, quindi, sorge spontanea: perché?

La risposta sta nel rapporto tra storia delle forme di Stato e studi sulla legge in generale e sulla legge provvedimento.

Come anticipato, nei primi studi dottrinali non sono certamente mancati i tentativi di ricostruire la categoria della legge provvedimento in senso unitario,

²¹Del resto, già con CRISAFULLI l'esistenza delle leggi provvedimento veniva ricondotta, insieme ad altre prassi e tendenze spesso patologiche dell'esercizio della funzione legislativa, più che ad un'ipotesi di violazione delle norme costituzionali, all'interno del più ampio fenomeno di *crisi della legge*, inteso come fattore di «*gravissima marginalizzazione nel quadro di processi di regolazione sempre più articolati e complessi che mette a rischio la stessa funzione che l'istituto parlamentare è chiamato a svolgere negli equilibri della nostra forma di governo*».

Vd.: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 29.

Per un approfondimento sulla *crisi della legge* si vedano anche P. CARETTI, *La "crisi" della legge parlamentare*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2/2010; P. CARETTI, *Il ruolo della legge statale oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa oggi*, Napoli, 2007, p. 45 e ss.

Per la riconducibilità delle leggi provvedimento alla crisi della legge si vedano: F. MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla "crisi" della legge*, in Id. (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, p. 1 e ss.

²²N. BOBBIO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in Id., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, p. 44.

²³S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., p. 79.

²⁴Corte Cost. n. 267 del 2007.

e questi sono stati accomunati dalla costante ricerca di un punto comune, individuato in un «*elemento negativo*»²⁵.

Secondo un primo indirizzo, il tratto comune sarebbe rinvenibile nella mancanza di generalità ed astrattezza, caratteri che invece sarebbero geneticamente propri della legge ordinaria formale. Tale difetto può attenersi alla struttura, ed in tale caso la dottrina ritiene che la legge provvedimento sfugga allo schema ipotetico e ripetibile delle norme secondo cui «*se c'è A ci deve essere B*» per confluire sotto quello causale e irripetibile «*poiché c'è A, ci deve essere B*»²⁶, o può riguardare il contenuto, nel senso di conformare le sue regole interne alla determinatezza dei destinatari o alla specialità e alla transitorietà della fattispecie, nonché alla determinatezza della fattispecie²⁷.

Per un secondo orientamento, l'elemento comune non sarebbe riconducibile al difetto di generalità e astrattezza, ma alla capacità della norma di innovare l'ordinamento, finendo così per classificare come legge provvedimento tutte quelle leggi che sono attuative od esecutive di una precedente disciplina generale. In questa direzione, la legge provvedimento veniva più accuratamente ridefinita sotto la dizione di «*legge in luogo del provvedimento*»²⁸.

Secondo, infine, una terza prospettiva, l'elemento comune sarebbe rinvenibile nello scopo concreto dell'atto a carattere provvedimentale²⁹ o negli effetti immediati che è destinato a produrre³⁰.

Tuttavia, se le teorie in questione hanno avuto il pregio di cercare un punto fermo di collegamento, un minimo comune denominatore, tra le varie ti-

²⁵Come già chiarito, la definizione si deve a C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968.

²⁶Cfr.: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 20 ss.

²⁷Così C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit.

²⁸R. DICKMAN, *La legge in luogo del provvedimento*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1999; R. DICKMAN, *Corte costituzionale e leggi in luogo di provvedimento amministrativo (nota a Corte cost., 8 maggio 2009, n. 137)*, in *www.federalismi.it*, n. 11/2009; G. PARODI, *Le fonti del diritto*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, pag. 97 e ss.

²⁹E. FORESTHOFF, *Le leggi provvedimento*, in *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, pp. 101 ss.

³⁰S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit. p. 113.

pologie di atti formalmente legislativi ma sostanzialmente amministrativi, per un altro verso, hanno peccato nell'estrapolare la nozione dal contesto in cui operava.

Il limite di tali teorie è da individuare, dunque, nella tendenza a ricostruire il fenomeno in termini assoluti, tralasciando la relatività insita nel carattere relazionale del concetto di legge provvedimento³¹.

Seguendo l'insegnamento di Herman Melville secondo cui «*Al mondo non c'è qualità che sia ciò che è se non per contrasto*»³², possiamo fondatamente affermare che la legge provvedimento, in quanto concetto relazionale, può essere apprezzata nei suoi contenuti solo se posta a raffronto con altre leggi. Così, una legge può apparire espressione emblematica di una legge provvedimento se confrontata con una legge più generale ed astratta, come sembrare paradigmatica di una legge senza aggettivi (cioè ordinaria formale) se comparata con una ancora più precisa e puntuale³³.

Perciò, anche dal punto di vista logico, la legge provvedimento assume un significato molto coerente con quello che può desumersi intuitivamente dalla semplice lettura della dicitura, e rappresenta – per così dire – un concetto «*in negativo*»³⁴, il quale non può che ricostruirsi mediante una compiuta definizione di quello più generale di legge in senso proprio.

Il concetto di legge in senso proprio (quello che taluna dottrina definisce come «*legge senza aggettivi*»³⁵) ha subito profonde inflessioni nel corso dell'alternarsi di diverse forme di Stato e, in dipendenza delle esigenze del periodo storico di riferimento, i relativi contenuti sono stati profondamente riscritti.

È nella prima fase rappresentata dalle riflessioni del giusnaturalismo moderno e dei padri spirituali della Rivoluzione francese, come Rousseau³⁶ e Mon-

³¹Così anche M. LOSANA, *Le leggi provvedimento*, cit., p. 500.

³²H. MELVILLE, *Moby Dick or The Whale*, 1851.

³³Di questo avviso anche M. LOSANA, *Le leggi provvedimento*, cit., p.500.

³⁴C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit.

³⁵G.U. RESCIGNO, *Leggi provvedimento costituzionalmente ammesse*, cit., p. 2.

³⁶J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Libro II, VI, Torino, 1966, pp. 53 ss.

tesquieu³⁷, che la legge acquista i caratteri strutturali tipici della generalità e della astrattezza. Si trattava di caratteri che contribuivano a definire il concetto di «vera legge»³⁸ e che, superato il tempo degli ordinamenti medievali fondati sui privilegi derivanti dallo *status* sociale anziché dall'uguaglianza tra gli individui, riprendevano le conquiste filosofiche di Aristotele³⁹, il quale riteneva «l'universalità» uno dei caratteri distintivi della legge.

La qualificazione della legge in tal senso era comunque funzionale a perseguire l'obiettivo politico della giustizia sociale e dell'abolizione dei privilegi del passato e, in questo contesto, l'adozione di leggi provvedimento rappresentava un ostacolo agli ideali portati avanti con la Rivoluzione francese e, quindi, un tradimento alla vera natura della legge e al tanto agognato principio di uguaglianza.

In questo quadro istituzionale, la legge provvedimento, rappresentava un'eccezione e un ostacolo all'affermazione dello Stato liberale di diritto, e il suo significato scientifico rievocava quello conosciuto mediante l'intuizione⁴⁰.

Durante le Monarchie costituzionali, invece, il significato dispregiativo dalla legge provvedimento è stato rimodulato, poiché non riguardava più la compromissione del principio di uguaglianza, ma la regolazione dei rapporti tra gli organi esecutivi e legislativi. Si sviluppa l'espressione «legge in luogo del provvedimento», nel contesto di un sistema in cui i dibattiti sulla legge e i suoi contenuti non si basano più sulla sussistenza o meno dei requisiti della generalità e della astrattezza, ma si spostano sulla dicotomia legge formale e legge in senso sostanziale, distinzione elaborata dalla giuspubblicistica tedesca al fine di conservare taluni spazi di intervento dell'esecutivo (la Corona) dall'ingerenza del sempre più pervasivo controllo parlamentare⁴¹.

³⁷MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Libro XI, cap. VI, Milano, 1989, pp. 311 ss.

³⁸La definisce così R. CARRÉ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale*, Milano, 2008, p. 12.

³⁹ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, Milano, XI edizione, 2001, pp. 379 ss.; Id., *Politica*, III, Milano, III edizione, 2008, p. 301.

⁴⁰G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento mentale.*, cit., p. 116.

⁴¹P. LABAND, *Il diritto del bilancio sulla base delle disposizioni della Carta costituzionale prussiana alla luce della Costituzione della Confederazione della Germania del nord*, in *Il diritto di bilancio*, Milano,

Nello Stato sociale costituzionale, infine, la questione legge provvedimento ha assunto altra veste, anche se avrebbe dovuto esaurirsi con l'affermazione delle forme di governo parlamentari, fondate sulla prevalenza dell'organo legislativo su quello esecutivo, e delle teorie formalistiche della legge, secondo cui i criteri di individuazione della legge sono soltanto formali e non sostanziali.

In questo contesto, la legge provvedimento è stata ricostruita come una forma di degenerazione del parlamentarismo finalizzata a conculcare il diritto alla tutela giurisdizionale, ove limitativa o elusiva delle garanzie procedurali e giurisdizionali che accompagnano gli ordinari provvedimenti amministrativi o interferente con la funzione giurisdizionale⁴².

L'eziologia del fenomeno, tuttavia, non è soltanto da ricondurre al tramonto dello Stato liberale e all'affermazione dello Stato contemporaneo, ma anche allo sviluppo di un sistema multilivello delle fonti, che ha determinato l'apertura dell'ordinamento statale ad altri di matrice sovranazionale o regionale, e alla trasformazione della società e del mercato, le quali sono state affrontate con modelli di intervento fondati sulla deroga e sulla specificità⁴³.

Alla luce di quanto sinora esposto, dunque, si tratta di tre ipotesi di contenuto di legge provvedimento che rispondono a finalità politiche diversificate, ma che comunque rimangono accomunate da una costante, quella che l'atto in questione costituisca un abuso del potere legislativo.

Tali considerazioni, che confermano l'esigenza di una ricostruzione concettuale unitaria e che muovono dal presupposto di dover delineare i tratti comuni della legge provvedimento, costituiscono il supporto dogmatico di cui la Corte Costituzionale si è servita per ammettere tale particolare atto nel quadro normativo vigente.

2007, P. 160.

⁴²G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, cit., p. 121.

⁴³Sull'eziologia del fenomeno si cfr.: L.R. PERFETTI, *Legge provvedimento, emergenza e giurisdizione*, cit., p. 1027.

La Corte, infatti, già qualche anno fa, accogliendo l'impostazione dottrinale che fa leva sull'unitarietà della legge provvedimento, aveva chiarito, con un'articolata serie di pronunce⁴⁴, i caratteri della legge provvedimento, rilevandone il contenuto particolare e concreto, la direzione verso destinatari specifici, la particolarità delle esigenze sottese e l'attrazione alla sfera legislativa di discipline normalmente affidate alla gestione amministrativa.

In dette occasioni, la Corte non ha mai mancato di rimarcare l'unitarietà della legge provvedimento e, anzi, ha precisato di voler scartare le ricostruzioni dottrinali secondo cui esistono più tipologie di leggi provvedimento⁴⁵.

Ne consegue che l'esigenza di una ricostruzione unitaria del concetto di legge provvedimento, peraltro sostenuta dalla giurisprudenza costituzionale, non possa essere scalfita dalle seppur pregevoli e importanti impostazioni dottrinali che tendono a proporre un'articolata casistica di leggi provvedimento e a definirne o meno la legittimità costituzionale a seconda della tipologia.

In questo senso, non è stata accolta la classificazione di Rescigno che distingue «*le leggi o disposizioni che disciplinano direttamente comportamenti di esseri umani, e leggi o disposizioni che disciplinano solo indirettamente comportamenti umani e si preoccupano direttamente di eventi, stati di cose, obiettivi e risultati*»⁴⁶, né la tesi di Mortati che differenzia «*le leggi provvedimento esecutive dalle leggi provvedimento innovative*»⁴⁷.

⁴⁴Si cfr.: Corte Cost. n. 2 del 1997, n. 267 del 2007, n. 241 del 2008, n. 94, 137 e 429 del 2009, n. 270 del 2010, n. 20 del 2012 e n. 153 del 2013.

⁴⁵Tale indirizzo della Corte è stato ricostruito di recente da: C. DI MARTINO, *Considerazioni sull'ammissibilità delle leggi provvedimento: il caso del finanziamento al teatro Eliseo al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2021, p.8.

⁴⁶Tra le prime l'Autore ingloba le leggi che prevedono obblighi e svantaggi (e ne fa discendere l'incostituzionalità in difetto di generalità ed astrattezza), quelle che prevedono vantaggi (anch'esse incostituzionali se indirizzate al singolo individuo) e, infine, quelle che eseguono o attuano precedenti discipline legali generali e astratte. Nella seconda categoria, invece, inserisce le leggi che dispongono su *singoli* eventi, accadimenti o stati di cose, rilevandone l'incostituzionalità anche quando siano esecutive di leggi generali e astratte. Dalla classificazione delle leggi provvedimento, esclude, infine le leggi che dispongono su *tipi o classi* di eventi, accadimenti, stati di cose.

Così G.U. RESCIGNO, *Leggi provvedimento costituzionalmente ammesse*, cit., pp. 319 ss.; G.U. RESCIGNO, *Dalla sentenza n. 137/2009 della Corte Costituzionale a riflessioni più generali sulle leggi provvedimento*, in *Giur. It.*, 2010, pp. 531 ss.

⁴⁷Le prime danno attuazione a leggi precedenti generali, acquisendo la stessa efficacia precettiva di un provvedimento amministrativo, le seconde innovano l'ordine giuridico preesi-

3. L'ammissibilità della legge provvedimento.

Una volta chiarito il significato scientifico della legge provvedimento e ricostruito il concetto in termini unitari, occorre valutare la sua compatibilità con la Costituzione.

Sul punto, si sono formati due orientamenti: il primo è di tipo giurisprudenziale e tende ad ammettere la categoria nel panorama normativo, mentre il secondo è di stampo dottrinale e ritiene l'atto, seppur con diverse spiegazioni, tendenzialmente incompatibile con l'assetto dei poteri.

Le due tesi, nonostante dibattano sulle stesse linee direttrici, sviluppano argomentazioni diverse e pervengono a conclusioni antitetiche.

Nell'ambito della giurisprudenza, la Corte Costituzionale, con un indirizzo inaugurato a partire dalla metà del secolo scorso⁴⁸, ritiene che le leggi provvedimento siano compatibili con la Costituzione per tre ordini di ragioni, le quali peraltro ricalcano il principio di separazione dei poteri.

Sul piano legislativo, tanto la Costituzione quanto gli Statuti regionali identificano le leggi solo ed esclusivamente sulla base di criteri formali, che fanno leva sulla provenienza da un certo organo o da un certo potere, sul procedimento di formazione e sul regime giuridico. Vengono esclusi i criteri sostanziali che, imponendo un contenuto generale, astratto e innovativo, hanno un ambito applicativo limitato agli atti normativi secondari⁴⁹.

In questa direzione, poiché gli artt. 70 e ss. della Costituzione si limitano a disciplinare, in ossequio ai criteri formali, il procedimento di formazione delle

stente per una situazione particolare. Tale differenziazione, che per MORTATI non aveva alcuna ripercussione in punto di legittimità costituzionale, è stata elaborata dalla dottrina nel senso che soltanto le leggi meramente esecutive sono costituzionalmente illegittime, stante la violazione del principio di separazione dei poteri e della riserva di amministrazione. Tali leggi, infatti, vengono qualificate come "*leggi in luogo del provvedimento*", proprio per l'attitudine ad occupare spazi riservati all'Amministrazione. Cfr. V. CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, pp. 116 ss.; R. DICKMAN, *La legge in luogo del provvedimento*, cit., pp. 928 ss.

⁴⁸Corte Cost. n. 60 del 1957, che aveva affrontato la questione della legittimità costituzionale della riforma fondiaria realizzata con una serie di "decreti-legge di espropriazione" adottati dal Governo sulla base delle deleghe di cui all'art 5 della L. n. 230 del 1950 (c.d. Legge Sila) e all'art 1 della L. n. 841 del 1950 (c.d. Legge stralcio).

⁴⁹F. MODUGNO, *Legge in generale*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1973, p. 888.

leggi e degli atti aventi pari forza, senza dare rilevanza a qualsivoglia criterio sostanziale, la giurisprudenza costituzionale ha finito per ritenere che non sussista alcun vincolo costituzionale che imponga alle fonti primarie di essere generali, astratte e innovative.

Viene accolta la concezione deontica delle fonti primarie, secondo cui la legge è tale in quanto espressione di una deliberazione dei due rami dal Parlamento all'esito di un procedimento costituzionalmente previsto, mentre viene scartata quella teoretica, che avrebbe implicato il possesso dei necessari requisiti sostanziali della generalità, astrattezza e innovatività⁵⁰.

Da tali considerazioni non poteva che discendere l'ammissibilità delle leggi provvedimento, le quali, pur avendo contenuto preciso e puntuale, sono e rimangono leggi in quanto adottate dal Parlamento secondo lo schema legislativo costituzionalmente previsto, con conseguente applicazione del relativo regime giuridico (rango primario, sindacato esclusivo della Corte Costituzionale, resistenza all'abrogazione ecc.) ed esclusione di quello tipico dei provvedimenti amministrativi.

Abbastanza chiarificatrici, in tal senso, alcune riflessioni di Modugno, secondo cui *«una legge che provvedesse a recare una disciplina per un singolo caso (c.d. legge provvedimento), non sarebbe fonte agli occhi del teoretico (che considera fonti gli atti che hanno un contenuto normativo quello generale, astratto e ripetibile); lo sarebbe, invece, per il dogmatico, se siamo in un ordinamento in cui l'atto-legge (indipendentemente dal suo contenuto) è annoverato tra le fonti del diritto»*⁵¹.

Di conforto a questa interpretazione costituzionale sono alcune disposizioni costituzionali che prevedono talune ipotesi di leggi provvedimento: il riferimento è all'art 43 che disciplina le leggi che trasferiscono, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad Enti pubblici o a comunità di lavoratori o utenti, *«determinate imprese o categorie di imprese»*; all'art 80 che prevede le leggi di

⁵⁰F. MODUGNO (a cura di), *Diritto Pubblico*, quarta edizione, Torino, 2019, pp. 135 ss.

⁵¹Di recente, F. MODUGNO (a cura di), *Diritto Pubblico*, cit., pp. 135 ss.; ma anche in passato, Id., *Legge in generale*, cit., p. 888.

autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali; all'art 123 che prevede le leggi di approvazione dello Statuto di Regioni ordinarie; all'art 127 che stabilisce che la legge possa risolvere un conflitto di interessi tra Stato e una Regione; all'art 133 che consente alle Regioni con legge, sentite le popolazioni interessate, di istituire nuovi Comuni o di modificare le loro circoscrizioni e denominazioni⁵².

Sul piano amministrativo, la Corte Costituzionale afferma che non si evince da alcuna disposizione costituzionale l'esistenza di una riserva di amministrazione (o riserva di procedimento o di provvedimento)⁵³, secondo cui l'attività amministrativa, in qualunque sua forma, debba essere esclusivamente esercitata dalla Pubblica Amministrazione, non essendo *«precluso alla legge ordinaria la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidate all'azione amministrativa»*⁵⁴.

L'attività amministrativa, dunque, non è a esclusivo appannaggio delle Autorità amministrative o esecutive, potendo la legge essere adottata in luogo dei provvedimenti e, quindi, essere dotata di particolarità e concretezza. L'unica riserva di normazione prevista dalla Costituzione è quella regolamentare e spetta agli Enti Locali (art 116, comma 6).

Sul piano giurisdizionale, la sostituzione ad un provvedimento amministrativo di una legge non comporta la violazione del diritto di agire in giudizio, ma determina esclusivamente un mutamento del regime di tutela giurisdizionale, poiché la legge a carattere provvedimentale, non potendo essere valutata dal giudice amministrativo, viene attratta – al pari di qualsiasi altra legge, in ossequio all'art 134 Cost. – nell'ambito del sindacato della Corte Costituzionale, e se contrasta con i valori e principi della Costituzione, potrà essere dichiarata illegittima con salvezza dei diritti eventualmente lesi⁵⁵.

⁵²Cfr.: V. LO PILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, seconda edizione, Torino, 2020, p. 57.

⁵³Per un maggiore approfondimento si veda: D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1997, pp. 1 ss.

⁵⁴Corte cost. n. 231 del 2014, ma anche Corte. Cost. n. 114 del 2017.

⁵⁵Corte Cost. n. 289 del 2010.

Secondo un'interpretazione costituzionale risalente ma ancora attuale⁵⁶, l'art 113 Cost. deve essere inteso non già nel senso che gli atti a contenuto particolare e concreto, qualunque sia la loro forma giuridica, debbano essere conosciuti e sindacati dalla giustizia amministrativa al pari degli atti amministrativi, ma nel senso che i provvedimenti amministrativi, a prescindere dal contenuto, debbano essere necessariamente sottoposti al controllo giurisdizionale. L'art 113 Cost., dunque, nell'assicurare la giustiziabilità degli atti amministrativi, afferma che il regime generale di impugnazione degli atti segue la loro natura giuridica, con la conseguenza che se viene in rilievo una legge, quand'anche abbia contenuto provvedimento, essa sarà sindacabile esclusivamente dalla Corte Costituzionale, con esclusione della giurisdizione amministrativa.

In questa direzione, la Corte Costituzionale ha escluso che *«il passaggio dall'atto amministrativo alla legge comprometta il diritto alla tutela giurisdizionale, che sarebbe possibile invece esercitare in presenza di un atto dell'amministrazione, perché il diritto alla difesa non risulterà annullato, ma verrà a connotarsi secondo il regime tipico dell'atto legislativo adottato, trasferendosi dall'ambito della giustizia amministrativa a quello proprio della giustizia costituzionale»*. Così, tale sostituzione della veste formale dell'atto, che resta comunque di contenuto preciso e puntuale, implica, senza tuttavia determinarne una lesione, solamente *«un mutamento del regime di tutela giurisdizionale, tutela che dal giudice comune passa alla giustizia costituzionale»*⁵⁷.

Su tali premesse argomentative la Corte Costituzionale ha fondato l'ammissibilità delle leggi provvedimento, ma occorre segnalare come vi sia una tesi interpretativa antitetica, di stampo dottrinale⁵⁸, che argomentando diversamente, finisce con il ritenere inammissibili le leggi provvedimento sulle base delle medesime linee direttrici.

⁵⁶Corte Cost. n. 143 del 1989.

⁵⁷Corte Cost. n. 231 del 2014.

⁵⁸Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2019, pp. 117 ss.; A.M. SANDULLI, *Legge (diritto costituzionale) in riferimento all'art 79 della Costituzione*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, pp. 630 ss.; G.U. RESCIGNO, *Rinascita la distinzione-opposizione tra legge in senso formale e legge in senso sostanziale?*, in *Giur. Cost.*, 1999, pp. 2013 ss.; G. BERNABEI, *Legge provvedimento e tutela giurisdizionale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, pp. 1035 ss.; A. MARCHETTI, *Il decreto lha: Profili di costituzionalità di una legge provvedimento*, in *Federalismi.it*, 2013.

Tornando quindi a valutare la compatibilità con l'assetto dei poteri sanciti dalla Costituzione, la dottrina ha evidenziato, sul piano legislativo, che il sistema desumibile dal complesso normativo costituzionale faccia rilevare, in relazione alle modalità di identificazione delle fonti primarie, non soltanto il criterio formale, fondato sul procedimento legislativo ex art 70 e ss. ma anche il criterio sostanziale, con la conseguenza che una legge per essere considerata tale - al pari degli atti normativi secondari - deve essere adottata secondo lo schema costituzionalmente previsto ma anche essere dotata dei requisiti di generalità, astrattezza e innovatività. In questa direzione, non è ammissibile che il legislatore diventi «*amministratore*» e, quindi, che oltre a disporre, possa provvedere⁵⁹.

Tale indirizzo, inoltre, ritiene che le disposizioni costituzionali che prevedono leggi provvedimento non forniscono una «*generale patente di legittimità costituzionale*» a tali atti, poiché possono essere interpretate nel senso di ipotesi tassativamente previste, che impedirebbero l'adozione di leggi provvedimento diverse da quelle contemplate dal testo costituzionale⁶⁰.

Sotto il profilo amministrativo, invece, la stessa dottrina qualifica l'art 97 Cost. nel senso di base normativa della riserva di amministrazione, sicché non appare plausibile che l'Autorità legislativa possa sostituirsi a quella amministrativa, attraendo a sé materie normalmente di sua competenza, per adottare leggi in luogo dei provvedimenti. L'art 97, infatti, fonda la riserva di amministrazione come proiezione dei principi di buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione, i quali a loro volta costituiscono i presidi di garanzia che la legge n. 241 del 1990 riconosce ai destinatari dell'azione amministrativa.

Ancorché la Costituzione nulla disponga in via espressa in ordine alla sussistenza di una riserva di amministrazione, si deve ritenere – in via implicita – che esista un'area ad uso esclusivo della Pubblica Amministrazione, la quale,

⁵⁹F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 121 ss.; ma anche G. SERENO, *Riflessioni sulla problematica delle leggi provvedimento (in margine alla sentenza n. 20 del 2012)*, in *Giur. Cost.*, 2012, pp. 1591 ss.

⁶⁰G. SERENO, *Riflessioni sulla problematica delle leggi provvedimento*, cit., p.1591.

essendo permeata dai principi di separazione dei poteri e di democraticità, precluderebbe l'adozione di atti legislativi aventi contenuto provvedimentale.

In maniera abbastanza *tranchant*, infatti, Sorrentino rileva che «*l'idea che la funzione legislativa che l'art. 70 attribuisce alle camere possa ridursi al potere di fare leggi, senza alcuna indicazione sul loro contenuto, non appare, alla luce del complessivo disegno costituzionale, del tutto giustificata*»⁶¹.

Sul piano giurisdizionale, infine, le leggi provvedimento contrasterebbero le garanzie giurisdizionali offerte dagli artt. 24 e 113 della Costituzione, sul presupposto della divergenza di regime giuridico tra il sistema di giustizia amministrativa e il sistema di giustizia costituzionale.

Anche qui Sorrentino risulta abbastanza *tranchant* quando afferma che «*per quanti sforzi la Corte possa fare per assimilare il proprio giudizio sulle leggi provvedimento a quello del giudice amministrativo, la garanzia che essa è in grado di offrire a quelle situazioni è strutturalmente e funzionalmente ben diversa da quella che offre il giudice amministrativo*»⁶², facendo riferimento ai modi di accesso, alla mancanza di tutela cautelare e all'assenza di forme di impugnazione.

4. Il sindacato delle leggi provvedimento.

Tuttavia, sebbene la dottrina abbia avanzato valide obiezioni, l'ammissibilità delle leggi provvedimento non è mai stata messa in discussione nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, tanto che il problema è stato spostato verso l'individuazione dei limiti sostanziali di tali atti e, conseguentemente, ai caratteri e all'intensità del sindacato di costituzionalità.

Dall'ammissibilità ai limiti, i quali permeano l'intensità del sindacato di costituzionalità.

⁶¹F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, cit.; dello stesso avviso, seppur in maniera più temperata, G.U. RESCIGNO, nei suoi lavori, *Rinasce la distinzione-opposizione*, cit., e *Leggi provvedimento costituzionalmente ammesse*, cit., dove individua argutamente uno stretto collegamento tra riserva di amministrazione e riserva di giurisdizione, sostenendo come la prima sia essenzialmente funzionale alla seconda. Per un'opinione più risalente, si veda V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit.

⁶²F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, cit.; nello stesso senso anche G. BERNABEI, *Legge provvedimento e tutela giurisdizionale*, cit.

In questo solco, la Corte Costituzionale non ha mancato di individuare i limiti contenutistici delle leggi provvedimento e di suddividerli in generali e specifici.

Sotto il primo profilo, in particolare, è stato rilevato come *«in norme siffatte è insito il pericolo di un arbitrio, connesso alla potenziale deviazione, in danno di determinati soggetti, dal comune trattamento riservato dalla legge a tutti i consociati»*⁶³, sicché è necessario che il sindacato di costituzionalità sia volto a verificare la non arbitrarietà e la non irragionevolezza⁶⁴ delle previsioni concrete e puntuali aventi forza di legge, purché *«sia tanto più rigoroso quanto più rimarcata sia la natura provvedimento»* delle disposizioni legislative sottoposte a controllo⁶⁵.

Si può, quindi, fondatamente affermare che, ferma l'ammissibilità delle leggi provvedimento, il controllo di legittimità deve incentrarsi non già sulla forma bensì sul contenuto⁶⁶, e ciò conferma l'affermazione della Corte Costituzionale secondo cui *«la legittimità costituzionale di questo tipo di leggi deve, quindi, essere valutata in relazione al loro specifico contenuto»*⁶⁷.

Se la Costituzione consente l'adozione di leggi in luogo dei provvedimenti da parte dell'Autorità legislativa, quale riflesso del mancato riconoscimento della riserva di amministrazione in favore della Pubblica Amministrazione, la conseguenza è che l'esercizio di tale facoltà non possa spingersi fino alla violazione dell'uguaglianza tra i cittadini e alla irragionevolezza.

Per cui, se il Legislatore adotta prescrizioni puntuali e concrete sotto forma di legge, deve comunque esplicitare *«i criteri ai quali sono ispirate le scelte e rela-*

⁶³Corte Cost. n. 182 del 2017 e n. 64 del 2014.

⁶⁴Per un approfondimento in ordine alla definizione di questi principi si rinvia a Corte Cost. n. 143 del 1989, n. 346 del 1991 e n.492 del 1995.

⁶⁵Corte Cost. n. 137 del 2009, considerando in diritto n. 2, e nello stesso senso anche Corte Cost. n. 289 del 2010, considerando in diritto n. 3.1.

⁶⁶Come osserva lucidamente A. CARDONE, *Le leggi provvedimento e le leggi auto applicative*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 388, *«il controllo della Corte cessa progressivamente di essere un controllo sullo strumento legislativo per divenire una verifica della ragionevolezza della disciplina derogatoria introdotta»*.

⁶⁷Corte Cost. n. 137 del 2009, punto 2 del considerato in diritto, che rinvia a sua volta a Corte Cost. n. 241 del 2008.

tive modalità di attuazione»⁶⁸. E poiché gli atti normativi primari – a differenza dei provvedimenti amministrativi - non sono accompagnati da un obbligo di motivazione, è sufficiente che i criteri ispiratori, gli interessi sottesi e la ratio della norma, si desumano dalle proposizioni normative stesse, anche mediante una coerente interpretazione⁶⁹.

Si suole parlare, infatti, di *strict scrutiny*⁷⁰ per indicare che la Corte deve svolgere un sindacato stretto di costituzionalità, ovvero una rigorosa valutazione di legittimità delle leggi provvedimento che chiami in causa - in primis - i principi di non arbitrarietà e ragionevolezza⁷¹.

Se in caso di legge ordinaria formale, il controllo di costituzionalità è meno rigoroso in quanto le prescrizioni censurabili sono connotate in senso generale ed astratto essendo espressione di un'ampia discrezionalità legislativa, nell'ipotesi di legge provvedimento, il controllo si fa più severo e stretto⁷², atteso che le relative disposizioni sono particolari e concrete e sono espressione di una discrezionalità legislativa più limitata.

⁶⁸Corte Cost. n. 137 del 2009 e nello stesso senso anche Corte Cost. n. 94 del 2009, n. 288 del 2008, n. 267 e n. 11 del 2007, n. 282 del 2005, n. 429 del 2002, n. 364 del 1999 e n. 2 e 153 del 1997.

⁶⁹In questa direzione Corte Cost. n. 85 del 2013.

⁷⁰Tale definizione è mutuata dal *Judicial review* di matrice statunitense.

⁷¹A dire il vero, la Corte Costituzionale non ha mai chiarito in cosa consista tale sindacato stretto di costituzionalità, sicché è stata la dottrina ad averlo riempito di contenuti.

In tal senso si vedano: A. CERRI, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 1137; M. LUCIANI, *Si alle leggi provvedimento*, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 2608 ss.; A. PORPORATO, *Sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi-provvedimento: il controllo stretto di ragionevolezza*, in *Giur. Civ.*, 2005, I, p. 539 ss.; C. PINELLI, *In tema di scrutinio stretto sulle leggi-provvedimento*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 3236; C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, in *Giur. Cost.*, 2010, pp. 3739-3740; A.S. AGRÒ, *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio d'uguaglianza*, in *Giur. Cost.*, 1967, pp. 900 ss.; F. SORRENTINO, *Garanzia giurisdizionale dei diritti degli interessi e leggi provvedimento*, in *Giur. Cost.*, 1991, pp. 2780 ss.; F. ZAMMARTINO, *Corte Costituzionale e leggi provvedimento (noterelle a margine dell'ordinanza n. 72/2015)*, in *Scienze e ricerche*, n. 21/2016, p. 75.

⁷²Per F. RIGANO, *Scrutinio stretto di ragionevolezza sulle leggi provvedimento e riserva di amministrazione*, in *Le Regioni*, 1996, p. 527, il contenuto provvedimentale della legge genera “una presunzione o un sospetto di illegittimità”, superabile soltanto con uno scrutinio stretto di ragionevolezza.

Detto *strict scrutiny* di ragionevolezza⁷³ deve dispiegarsi sotto un duplice piano: il primo è quello dove si valuta la compatibilità del contenuto della legge provvedimento con gli altri principi costituzionali come la parità di trattamento, l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione e il legittimo affidamento; il secondo è quello in cui si controlla, in termini di congruità e necessità, la rispondenza del mezzo legge provvedimento rispetto al fine concreto da perseguire.

È dunque abbastanza chiaro che un sindacato siffatto non possa che risolversi in un controllo sulla discrezionalità legislativa al fine di censurarne gli eventuali eccessi di potere⁷⁴, in questo senso molto simile al controllo di legittimità che opera il giudice amministrativo sugli atti amministrativi in relazione al vizio di eccesso di potere. Come ha messo in evidenza autorevole dottrina⁷⁵, si tratta di un sindacato che incide sull'esercizio della funzione legislativa, concretandosi in un giudizio sulle ragioni che hanno spinto il legislatore a deviare dall'ordinario rapporto tra il provvedere e il disporre, sulla non arbitrarietà del contenuto, nonché sulla congruità del mezzo utilizzato rispetto al fine⁷⁶.

⁷³Sul principio di ragionevolezza è importante sottolineare come sia la Corte Costituzionale, sia la dottrina, siano riusciti ad affrancarlo ora dal principio di uguaglianza, ora da altri valori costituzionali.

Cfr.: Corte Cost. n. 450 e 416 del 2000; ma anche in dottrina: F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, cit., p. 133; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1997, pp. 902 ss.; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in AA.VV. (a cura di), *Corte Costituzionale e principio di uguaglianza*, Padova, 2002, pp. 159 ss.; A. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.

⁷⁴Sull'eccesso di potere legislativo: C. MORTATI, *L'eccesso di potere legislativo*, in *Giurisprudenza italiana*, 1949, pp. 457 e ss.; L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956, pp. 993 e ss.; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, Milano, 1970.

⁷⁵F. ZAMMARTINO, *Le leggi provvedimento nelle giurisprudenze delle corti nazionali ed europee tra formalismo interpretativi e tutela dei diritti*, in *Rivista Aic*, n.4/2017, p. 23; A. MARCHETTI, *Il decreto Iva*, cit., p. 12.

⁷⁶Il dubbio del privilegio contenuto nella legge provvedimento, si dice, viene eliminato non tanto facendo leva sul pregio del fine perseguito, quanto confrontando il mezzo con il fine sulla base della non praticabilità o della inefficienza di altri mezzi.

Così: A. CERRI, *Scrutinio più o meno rigoroso*, cit. p. 1137; A. CHIAPPETTA, *I limiti al sindacato giurisdizionale amministrativo in tema di variazioni territoriali comunali: giudizio costituzionale e controllo sulla legge-provvedimento*, in *Forumcostituzionale.it*; I. FERMANI, *La Consulta chiarisce ancora riguardo al sindacato sulla legge-provvedimento*, *Nota a Corte costituzionale, sentenza 27 luglio 2020, n. 168*, in *Ildirittoamministrativo.it*, 2020.

Sotto il secondo profilo, in relazione ai limiti specifici, la Corte Costituzionale ha evidenziato l'esistenza di una riserva di giurisdizione, che affidando ai giudici il compito di esercitare la funzione giurisdizionale, preclude al Legislatore la possibilità di adottare leggi provvedimento che siano in grado «di risolvere controversie e di vanificare gli effetti di una pronuncia giurisdizionale divenuta intangibile, violando i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale e concernenti la tutela dei diritti e degli interessi legittimi»⁷⁷.

Tale indirizzo della giurisprudenza costituzionale si pone in consonanza con quello della Corte Europea dei diritti dell'uomo, secondo cui «il principio dello Stato di diritto e la nozione di giusto processo (di cui all'art 6 CEDU) vieta, salvo che per impellenti ragioni di interesse pubblico, l'interferenza dell'assemblea legislativa nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia»⁷⁸.

Tuttavia, se per un verso la Corte Costituzionale è costante nel ritenere incostituzionali le leggi che «hanno un'incidenza diretta ed esplicita sul giudicato»⁷⁹, per un altro, è ferma nel constatare la compatibilità costituzionale delle leggi che assorbono l'efficacia delle decisioni giudiziali non ancora divenute cosa definitiva, introducendo un temperamento alla riserva di giurisdizione in questione⁸⁰.

Ciò, però, non significa che tali particolari leggi siano sottratte dal vaglio di costituzionalità, in quanto la Corte, pur ritenendole in astratto ammissibili, deve valutare comunque se in concreto siano conformi ai principi di non arbitrarietà e ragionevolezza, potendole difatti sottoporle ad uno stretto sindacato di legittimità. La loro legittimità costituzionale, quindi, è valutata tanto in conformità alla riserva di giurisdizione, quanto in conformità con la ragionevolezza.

⁷⁷Corte Cost. n. 213 del 2014.

⁷⁸Corte Giust. Un. Eur., 16.2.2012, causa C-182/10, *Sohay et al. C. Region wallone*.

⁷⁹Corte Cost. n. 374 del 2000, punto 3 del considerando in diritto, ma anche Corte Cost n. 352 del 2006.

⁸⁰Il riferimento è a Corte Cost. n. 282 del 2005, quale sentenza interpretativa di rigetto che ha limitato l'efficacia della legge impugnata alle sole decisioni giudiziali che ancora potevano essere impuginate.

Tirando le fila del ragionamento in ordine all'ammissibilità e alla sindacabilità delle leggi provvedimento, è possibile enunciare la posizione dell'indirizzo prevalente, il quale è nel senso di ammettere – in linea generale – la categoria nell'ambito dell'ordinamento giuridico, purché superi il vaglio del sindacato stringente di costituzionalità. La tendenza, dunque, è quella spostare l'asse del controllo da una valutazione *ex ante e a priori* a una verifica *ex post e per caso concreto*, passando da un divieto generale di ammissibilità a una sorta di patente condizionata di legittimità costituzionale, nel tentativo di assicurare tutte le esigenze sottese all'agire amministrativo secondo provvedimenti. Le leggi provvedimento, infatti, non sono costituzionalmente illegittime di per sé (e quindi perché posseggono i caratteri che normalmente le contraddistinguono), ma solo se non superano lo scrutinio di costituzionalità basato sulla non arbitrarietà e non irragionevolezza.

Non si tratta di un controllo formale, ma di un controllo sostanziale di costituzionalità, volto a verificare se il contenuto degli atti in questione rispetti i limiti costituzionalmente tracciati dalla giurisprudenza della Consulta.

Nello specifico, il giudizio di costituzionalità sulle leggi provvedimento si caratterizza cumulativamente per i seguenti requisiti: a) è tanto più intenso e stretto quanto è più marcata la qualificazione provvedimento dell'atto oggetto di censura; b) è incentrato sulla sostanza (o sul contenuto) e mai sulla forma dell'atto oggetto di censura; c) misura la congruità del mezzo rispetto al fine da perseguire e la compatibilità dell'atto rispetto ai principi costituzionali che di volta in volta vengono in rilievo come parametri di raffronto.

5. Le necessarie verifiche sociologiche e la definizione degli obiettivi da raggiungere.

La rassegna degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in tema di ammissibilità e sindacabilità della legge provvedimento non ha soltanto finalità ricognitive dello stato dell'arte in materia, ma ha lo scopo di indurre alla rifles-

sione la giurisprudenza costituzionale, nella speranza che accolga i moniti della dottrina sulla pericolosità istituzionale delle leggi provvedimento.

Sarebbe, infatti, auspicabile che le considerazioni dottrinali che evidenziano le criticità delle leggi provvedimento facessero breccia nei giudici costituzionali, al fine, quantomeno, di dequotare l'ingente portata del fenomeno e valorizzare alcuni principi fondamentali che ad esso si contrappongono.

Come si è tentato di spiegare brevemente nelle argomentazioni introduttive, il problema non è soltanto giuridico, poiché nell'affrontare con evidenti difficoltà interpretative le questioni relative alla compatibilità delle leggi provvedimento con il sistema costituzionale e all'intensità e al modo del loro sindacato, si pone comunque l'esigenza di valutare il profilo – per così dire sociologico – attinente alla gestione dell'impatto di tali atti nei rapporti tra potere e società.

Il problema delle leggi provvedimento risiede nel fatto che esse siano ottimi strumenti con cui la «*politica comprime e sacrifica diritti e istituzioni in nome dei risultati* - anche imposti dall'emergenza - *che intende perseguire*»⁸¹.

Se volgiamo lo sguardo verso la sociologia giuridica contemporanea, ci accorgiamo che non v'è diritto senza giustizia sociale⁸² e che le ritrosie dottrinali verso la categoria, pur nella loro diversità argomentativa sul piano giuridico, sono tutte accomunate dalla scarsa accettazione sociale del fenomeno.

Suonano abbastanza familiari, in questo senso, le parole di Giorgio Berti, secondo cui «*solo un ordine sociale affermato ed accettato consente il costituirsi di un ordine politico-giuridico altrettanto accettabile*»⁸³, (e aggiungiamo noi) senza che si scada in facili e prevedibili abusi delegittimati di potere.

Se la società accetta malvolentieri l'adozione di leggi provvedimento, perché attentano ad una pluralità di diritti fondamentali, tra cui il diritto ad essere uguale all'altro, il diritto a regole ragionevoli, il diritto al giusto procedimento e

⁸¹Così, L.R. PERFETTI, *Legge provvedimento, emergenza e giurisdizione*, cit., p. 1038.

⁸²Tale aforisma, coniato da PERTINI in occasione del discorso sul valore del 25 aprile tenuto alla Camera dei Deputati, è ancora valido nella società contemporanea.

⁸³G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 5.

il diritto ad una adeguata difesa, la conseguenza è l'abuso del potere e la degenerazione della forma di governo parlamentare verso l'autoritarismo.

Non è un caso che nel corso dell'evoluzione delle forme di Stato (dallo Stato liberale alle Monarchie costituzionali e da queste allo Stato Sociale) le leggi provvedimento siano state tacciate di essere espressione emblematica della degenerazione del parlamentarismo, di una deviazione dal corretto esercizio della funzione legislativa. Tale conclusione non sarebbe stata possibile, o comunque avrebbe assunto contorni meno pregnanti, se ci fossimo limitati a osservare il fenomeno dal punto di vista del potere nei suoi svolgimenti interni, sicché occorre analizzarlo dal punto di vista dei più deboli, cioè da quello di coloro che subiscono la disuguaglianza sociale insita nell'adozione delle leggi provvedimento.

D'altra parte, come potrebbe misurarsi l'abuso del potere senza un parametro di confronto, cioè esimendosi dal valutare l'impatto sul debole e quindi sulla giustizia di una società?

Sarebbe un abuso fine a sé stesso, un discorso riservato ai poteri che compongono il potere con portata meramente effimera, per cui occorre valorizzare la posizione dei destinatari.

E allora si tratta (se non di bloccare, difficile) di arginare il fenomeno, di trovare un rimedio che possa assicurare la società dall'Autorità nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, come farebbe un ombrello sotto la pioggia battente o un impermeabile di fronte a un vento gelido.

Si tratta, quindi, di usare i diritti – sia alla tutela giurisdizionale che al giusto procedimento - come arma di combattimento per ricomporre o, quantomeno, attenuare la frattura tra società ed Istituzioni. In ultima analisi, si tratta di ribaltare i dati statistici e fare in modo che le leggi provvedimento tornino ad essere eccezione e non più regola dei giorni nostri.

6. La differenziazione della tutela tra giustizia costituzionale ed amministrativa e l'erosione del carattere accentratore del sindacato di

costituzionalità: le sentenze n. 2409 del 2021 del Consiglio di Stato e n. 168 del 2020 della Corte Costituzionale.

Per fare ciò, tornando al piano giuridico, occorre, da un lato, valorizzare la diversità di sindacato giurisdizionale tra giustizia amministrativa e giustizia costituzionale, dall'altro, riabilitare la riserva di amministrazione.

Sotto il primo profilo, non risultano in alcun modo sorprendenti, anche per le argomentazioni svolte in precedenza, le recenti statuizioni del Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale secondo cui il sindacato sulla legge provvedimento spetti in via esclusiva alla Corte Costituzionale e che dunque sia inammissibile il ricorso con cui si chieda al giudice amministrativo di annullare, previo deferimento della questione di legittimità costituzionale, una legge provvedimento.

Il riferimento è alle recenti sentenze n. 2409 del 2021 del Consiglio di Stato e n. 168 del 2020 della Corte Costituzionale, con cui i giudici hanno confermato l'orientamento giurisprudenziale consolidato sulla esclusiva giustiziabilità delle leggi provvedimento da parte della Corte Costituzionale.

È tuttavia doveroso rilevare, in questa sede, che l'orientamento summenzionato appare profondamente lesivo del diritto alla tutela giurisdizionale e, pertanto, andrebbe integralmente riformulato.

Non è vero che il diritto di difesa del cittadino non viene sacrificato col passaggio dalla giustizia amministrativa a quella costituzionale, come non è altrettanto vero che la costituzionalità di una legge possa essere apprezzata esclusivamente dal giudice delle leggi.

Sotto il primo profilo, le due forme di tutela non sono equiparabili in termini di intensità e di regime giuridico, sicché il diritto alla tutela giurisdizionale risulta prevalentemente (e non totalmente) compreso laddove la tutela passi dalla giustizia amministrativa a quella costituzionale.

Se da un lato la Corte si affanna nell'escludere che *«il passaggio dall'atto amministrativo alla legge comprometta il diritto alla tutela giurisdizionale, che sarebbe possibile invece esercitare in presenza di un atto dell'amministrazione, perché il diritto alla difesa non*

risulterà annullato, ma verrà a connotarsi secondo il regime tipico dell'atto legislativo adottato, trasferendosi dall'ambito della giustizia amministrativa a quello proprio della giustizia costituzionale»⁸⁴, dall'altro, si contraddice nell'affermare che «l'accertamento della violazione dei principi che presiedono all'attività amministrativa possa essere integralmente invocata anche in caso di leggi provvedimento, conducendo ad un sindacato equipollente, nei criteri e nei modi, a quello al quale è soggetto l'esercizio dell'attività amministrativa»⁸⁵.

Da una semplice analisi delle considerazioni anzidette, deve ritenersi che è la stessa Corte Costituzionale a essere consapevole che il cambio di paradigma - ossia il passaggio dal giudizio amministrativo a quello costituzionale - determina un mutamento di regime di tutela giurisdizionale tale da comprimere e irrimediabilmente sacrificare il diritto di difesa.

E la conferma deriva dal fatto che se il legislatore attrae a sé una materia normalmente affidata alla gestione amministrativa, ciò comporta soltanto che la legge si avvicini al provvedimento amministrativo senza che ne mutui il regime giuridico.

La Corte Costituzionale, dunque, si mostra consapevole del fatto che non si possa fare una piena equivalenza tra legge provvedimento e atto amministrativo e che dunque non sia del tutto irrilevante se la funzione amministrativa sia esercitata dal legislatore in luogo della Pubblica Amministrazione⁸⁶.

In una decisione abbastanza risalente, infatti, la Corte aveva diligentemente sottolineato come «la diversità delle garanzie offerte dall'ordinamento nei confronti degli atti amministrativi e di quelli legislativi rendano tutt'altro che irrilevante il fatto che un atto obiettivamente amministrativo venga adottato nell'una o nell'altra forma»⁸⁷.

In questo contesto va apprezzata la differenza tra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa, sul presupposto che la lesione del diritto alla tutela giurisdizionale si concreta nel fatto che il soggetto leso non dispone dei mede-

⁸⁴Corte Cost. n. 231 del 2014.

⁸⁵Corte Cost. n. 168 del 2020.

⁸⁶Questa esigenza viene rilevata anche da C. DI MARTINO, *Considerazioni sull'ammissibilità delle leggi provvedimento*, cit., p. 15.

⁸⁷Corte Cost. n. 61 del 1958.

simi strumenti che avrebbe avuto in presenza di un “normale” atto amministrativo.

La tutela accordata dalla giustizia costituzionale è diversa sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo: da un lato cambia il giudice che si pronuncia sulla legittimità dell'atto, dall'altro muta *l'iter* procedimentale e il suo tempo⁸⁸.

Sono tre, però, i tratti differenziali dei sistemi all'esito di una complessiva comparazione: a) l'incidentalità del sindacato di costituzionalità; b) l'assenza della tutela cautelare nel giudizio di costituzionalità; c) la non impugnabilità della sentenza della Corte Costituzionale.

Se i punti b) e c) non pongono particolari esigenze di approfondimento in quanto già di per sé dirimenti in ordine alla differenziazione del regime di tutela, il punto a) necessita delle precisazioni.

L'incidentalità del sindacato di costituzionalità impedisce a colui che ha subito un pregiudizio dall'adozione di una legge provvedimento, per un verso, di impugnarla dinnanzi al giudice amministrativo a pena di inammissibilità per difetto assoluto di giurisdizione, per un altro, di ricorrere direttamente davanti alla Corte Costituzionale. La questione di legittimità costituzionale deve sorgere all'interno del giudizio *a quo* come incidente processuale e può essere sollevata soltanto dal giudice di merito previa valutazione di requisiti della rilevanza e non manifesta infondatezza.

Ne consegue, come ha evidenziato autorevole dottrina, che «*sussista un rischio non trascurabile di elusione delle garanzie processuali che contraddistinguono il sistema di giustizia amministrativa e che non possono, in egual misura, essere assicurate nel processo costituzionale*»⁸⁹.

Sotto un secondo profilo, invece, si comprende allora la posizione radicale di certa dottrina che ritiene che la legge provvedimento sia sottratta al con-

⁸⁸Cfr.: I. FERMANI, *La Consulta chiarisce ancora riguardo al sindacato sulla legge provvedimento*, cit.

⁸⁹A. D'AMICO, *Legge provvedimento: Il Consiglio di Stato esclude l'impugnabilità diretta dinanzi al giudice amministrativo per difetto assoluto di giurisdizione* (Nota a Consiglio di Stato – sezione quarta – sentenza 22 marzo 2021, n. 2409), in *ildirittoamministrativo.it*, 2021; nello stesso senso anche I. FERMANI, *La Consulta chiarisce ancora riguardo al sindacato sulla legge provvedimento*, cit.

trollo giurisdizionale, cogliendone l'incompatibilità non soltanto con la Costituzione, ma anche con il diritto eurounitario⁹⁰.

Tale dottrina dubita a tal punto della reale consistenza del sindacato di costituzionalità sulle leggi provvedimento che finisce col ritenerle avulse da qualsivoglia forma di controllo giurisdizionale.

Detta convinzione riposa probabilmente, non soltanto nella diversità di tutela offerta dalla giustizia costituzionale rispetto a quella amministrativa (i cui tratti sono stati prima delineati), ma anche nel fatto che il tanto acclamato *strict scrutiny* della Corte Costituzionale non si è mai effettivamente realizzato.

Secondo molti, infatti, il principio del sindacato stringente di costituzionalità sulle leggi provvedimento è rimasto inattuato, in quanto nella prassi interpretativa ha finito con il sovrapporsi a quello ordinariamente compiuto sugli atti legislativi generali ed astratti.⁹¹

V'è da segnalare, inoltre, che talvolta è stata proprio la stessa Corte Costituzionale ad evidenziare tale difficoltà giacché si è ben lontani dal rilevare che la Corte abbia innescato un penetrante e sostanziale controllo sulla correttezza dell'esercizio del potere legislativo, che consenta di verificare direttamente l'attendibilità del giudizio tecnico adottato dal legislatore. Si è detto che più spesso la valutazione della Corte costituzionale è parsa somigliare ad un ordinario vaglio di ragionevolezza della legge, svolto «*attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti*»⁹².

Sul solco di tali argomentazioni, la dottrina in questione⁹³ manifesta l'esigenza della *full jurisdiction*⁹⁴, stante la necessità di un controllo giurisdizionale

⁹⁰L.R. PERFETTI, *Legge provvedimento, emergenza e giurisdizione*, cit., pp. 1033 ss.

⁹¹A. CERRI, *Scrutinio più o meno rigoroso*, cit., pp. 1136 ss. e C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*, cit., pp. 3739 ss.

⁹²Corte Cost. n. 1130 del 1988.

⁹³L.R. PERFETTI, *Legge provvedimento, emergenza e giurisdizione*, cit. pp. 1038 ss.

⁹⁴Si rinvia ad alcuni recenti scritti per l'approfondimento del tema:

G. RAIMONDI, *L'intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *PA Pers. e amm.*, 2018, 9; M. ALLENA, *L'art. 6*

pieno ed effettivo, e propone, contrariamente a quanto affermato recentemente dal Consiglio di Stato e dalla Corte costituzionale, la valorizzazione del diritto alla tutela giurisdizionale e, per l'effetto, l'attribuzione di taluni poteri di controllo al giudice amministrativo in luogo di quello costituzionale.

Segnatamente, valorizzando la componente sostanziale amministrativa della legge provvedimento e dequotando quella formale legislativa, perviene alla conclusione, qui condivisa, che il giudice amministrativo possa conoscere e sindacare le leggi provvedimento, anche eventualmente utilizzando lo strumento della disapplicazione in caso di contrasto con il diritto eurounitario⁹⁵, con conseguente erosione del carattere accentrato del sindacato di costituzionalità.

In questa direzione, l'erosione del sindacato accentrato di costituzionalità e la sua conversione in modalità diffusa sulla base del rilievo eurounitario del diritto alla tutela giurisdizionale, consentirebbe al giudice *a quo* di svolgere una più pervasiva valutazione di legittimità delle leggi provvedimento, che non si limiti esclusivamente a verificare la sussistenza dei presupposti per sollevare la questione di legittimità costituzionale, ma che si spinga fino a decidere se la legge a carattere provvedimentale possa essere o meno applicata al caso di specie.

Cedu e la continuità tra procedimento e processo, ivi, 25; M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, ivi, 47; A. CLINI, *Potestà sanzionatoria delle Authorities e "giusto" sindacato giurisdizionale*, ivi, 75; F. CORTESE, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?*, ivi, 99; P. DE LUCA, *Portata e limiti della competenza di piena giurisdizione nell'ordinamento dell'Unione Europea*, ivi, 115; F. FOLLIERI, *La giurisdizione di legittimità e full jurisdiction. Le potenzialità del sindacato confutatorio*, ivi, 133; P. FORTE, *Full jurisdiction, arte, cultura. Un discorso confine in movimento*, ivi, 166; 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*, ivi, 199; F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, ivi, 219; L. R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, ivi, 237; A. POLICE, *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della "giurisdizione propria" del Consiglio di Stato*, ivi, 263; F. ROTA, *Full jurisdiction e diritto di polizia*, ivi, 285; G. SABBATO, *La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, ivi, 297; M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, ivi, 321; E. WIEDERIN, *Protezione ambientale o ampliamento aeroportuale? Il principio di full jurisdiction nell'ordinamento austriaco*, ivi, 337.

⁹⁵D'altro canto, il piano di tutela del diritto di difesa non può che essere trasversale nell'ambito di un sistema multilivello delle fonti. A titolo esemplificativo, il diritto in questione trova fondamento non soltanto in Costituzione, ma anche nell'art 47 della Carta Europea dei diritti fondamentali e negli artt. 6 e 13 della CEDU. Da segnalare anche alcune pronunce della CGUE, Grande sezione, del 18 ottobre 2011, cause da C-128/09 a C-131/09, C-134/09 e C-135/09, *Boxus e altri* e sezione IV, 16 febbraio 2012, causa C-182/10, *Solvay e altri*.

Ne consegue, posto che il sistema multilivello delle fonti assicura - come tale - un livello parimenti trasversale di tutela di certi diritti, tra cui quello alla tutela giurisdizionale, e che spesso le sue violazioni si traducono in inosservanze tanto sul piano costituzionale quanto su quello europeo (cd. casi di doppia pregiudizialità), che il giudice *a quo*, in ossequio ai principi di primazia e di effetto diretto del diritto europeo, debba privilegiare la via della disapplicazione (o non applicazione) o del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea rispetto a quella della questione di legittimità costituzionale.

Tale argomentazione, che peraltro si pone in consonanza con i consolidati orientamenti giurisprudenziali tanto in materia specifica di doppia pregiudizialità in caso di lesione di un diritto fondamentale⁹⁶ quanto in materia generale di risoluzione delle antinomie tra ordinamento interno ed europeo, consente di porre un più severo argine alla pratica delle leggi provvedimento, assicurando non soltanto maggiore tutela ai cittadini lesi, ma anche maggiore celerità processuale nelle giurisdizioni di merito e deflazione del contenzioso nelle alte giurisdizioni interne.

Laddove poi non sussista il contrasto con il diritto europeo e dunque non si possa procedere alla non applicazione della legge interna a carattere provvedimentale, questa potrà essere comunque sottoposta allo stretto scrutinio di ragionevolezza della Corte Costituzionale, che ne verificherà la compatibilità con il diritto di difesa, così come teorizzato sul piano interno, o con altri principi costituzionali.

⁹⁶Al di là dell'isolata ma diromponente pronuncia n. 269/2017 che aveva prefigurato il carattere prioritario del sindacato accentrato di costituzionalità rispetto alla diretta disapplicazione o al rinvio pregiudiziale, la Corte Costituzionale è sempre stata costante, sin dalla nota sentenza Granital n. 170 del 1984, nel riconoscere precedenza alla questione comunitaria rispetto a quella costituzionale. Si segnalano in tal senso, le recenti decisioni nn. 20, 63 e 117 del 2019 della Corte Costituzionale. Per maggiori approfondimenti si v.: C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, p. 26 ss.; R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia Insieme*, 2019; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, p. 18; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 3, p. 635.

7. La slatentizzazione della riserva di amministrazione per la tutela della società? Dal rifiuto ad un implicito riconoscimento anche per le fonti statali: la recente sentenza n. 116 del 2020 della Corte Costituzionale.

Sul versante del diritto al giusto procedimento, sembra che la Corte Costituzionale abbia, in una delle sue ultime pronunce (la n. 116 del 2020), proceduto ad un implicito riconoscimento della riserva di amministrazione.

L'affermazione, tuttavia, necessita di alcune precisazioni che valgono quantomeno ad attenuarne la portata dirompente.

Per lungo tempo e con episodi isolati, il principio del giusto procedimento - che è a fondamento della riserva di amministrazione - è stato utilizzato dalla Corte Costituzionale come freno all'adozione di leggi provvedimento da parte del legislatore regionale⁹⁷, senza però mai scalfire l'impianto interpretativo consolidato che ne disponeva l'ammissibilità.

⁹⁷L'origine di tale orientamento si deve alla nota Corte Cost. n. 13 del 1962, con cui i giudici costituzionali dichiararono l'illegittimità costituzionale di una legge provvedimento regionale valdostana che riconosceva l'intero territorio di pertinenza come bellezza naturale di pubblico interesse e zona di particolare importanza turistica. Alla base della dichiarazione di incostituzionalità, la Corte poneva il *principio del giusto procedimento*, recitando nel modo che segue "quando il legislatore dispone che si apportino modifiche ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedono ad imporre concretamente tali limiti, dopo aver fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo aver messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione dell'interesse pubblico". Nella fattispecie, il principio del giusto procedimento fu declinato nel senso della necessità di dover riservare alla Pubblica Amministrazione il compito di adottare l'atto amministrativo volto ad incidere sulle posizioni giuridiche dei privati, dando luogo ad un implicito riconoscimento della *riserva di amministrazione*. Per ulteriori approfondimenti, si veda il commento di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, cit., pp. 130 ss.

Altra importante e risalente pronuncia della Corte è la n. 73 del 1991, in materia di modificazione della destinazione d'uso degli immobili, con cui i giudici costituzionali ritennero illegittima una legge provvedimento regionale che disponeva in tal senso, evidenziandone la non completa assimilabilità al normale provvedimento amministrativo. In particolare, il mutamento di destinazione d'uso degli immobili è un compito che deve necessariamente essere demandato alla Pubblica Amministrazione, in quanto richiede preliminarmente un apprezzamento di insieme del territorio (da fare in sede di pianificazione) volto a verificare se il cambio di utilizzazione sia comunque conforme con la situazione urbanistica esistente.

Vi sono anche pronunce abbastanza recenti, come Corte Cost. n. 44 del 2010, n. 20 del 2012 sulla nota questione della regolamentazione del calendario venatorio e, da ultimo, n. 28 del 2019 in materia ambientale.

In alcuni casi eccezionali, quindi, la riserva di amministrazione, che di regola non esisteva o rimaneva sullo sfondo, riappariva o si slatentizzava per limitare la potestà legislativa regionale a carattere provvedimentale.

Dapprima il fondamento giuridico di tale limitazione fu trovato nell'art 117, comma 1, Cost. che nella sua originaria formulazione ancorava l'esercizio della funzione legislativa regionale al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, poi con la riforma del titolo V del 2001 e la riformulazione dell'art 117 Cost., l'ancoraggio è stato rinvenuto nel nuovo riparto di competenze (o nel principio di competenza).

Scendendo nei particolari del ragionamento della Corte, se l'art 117 Cost. attribuisce competenza legislativa esclusiva allo Stato in talune materie, significa che implicitamente gli riconosce la facoltà di istituire con legge nazionale una riserva di amministrazione, che giustappunto riserva agli apparati amministrativi regionali il compito di esercitare la funzione amministrativa delegata ed escluda, di riflesso, la possibilità di intervenire con legge provvedimento regionale.

Legittimamente, dunque, la legge statale su una materia di competenza esclusiva può affidare la gestione amministrativa ad una Pubblica Amministrazione regionale, contestualmente vietando che essa possa compiersi con legge provvedimento del Consiglio Regionale.

Di recente, infatti, la Corte Costituzionale ha affermato in tal senso che *«quando il legislatore statale prescrive l'adozione di una "procedura", comprendendovi la partecipazione degli interessati e l'acquisizione di pareri tecnici, intende realizzare un procedimento amministrativo, al termine del quale la Regione è tenuta a provvedere nella forma che naturalmente ne consegue, e nei casi in cui la legislazione statale, nelle materie di competenza esclusiva, conformi l'attività amministrativa all'osservanza di criteri tecnico-scientifici, lo slittamento della fattispecie verso una fonte primaria regionale fa emergere un sospetto di illegittimità»*⁹⁸.

⁹⁸Corte Cost. n. 28 del 2019.

Quello che però si vuole evidenziare in questa sede è che ciò che è successo con riferimento ad alcune leggi provvedimento regionali, non è avvenuto – almeno fino a poco tempo fa - in relazione a leggi provvedimento statali, quasi come vi fosse stato finora una sorta di atteggiamento giurisprudenziale di riverenza nei confronti della discrezionalità legislativa statale. Vi è stata negli anni una lapalissiana disparità di trattamento tra la sorte delle leggi statali e quella delle leggi regionali nelle ipotesi in un cui il vaglio di costituzionalità era tenuto sotto il profilo del giusto procedimento e dunque della riserva di amministrazione.

Se per talune leggi regionali, come si è cercato di evidenziare nelle considerazioni precedenti, l'atteggiamento della giurisprudenza costituzionale è stato quello di consentirne il sindacato e addirittura di espungerle dall'ordinamento in caso di contrasto con il limite del nuovo riparto delle competenze ex art 117 Cost., che altro non è che il pretesto per tenere ancora celata⁹⁹ la necessità di dover “*slatentizzare*” il principio del giusto procedimento (o di riserva di amministrazione), per le leggi statali la tendenza è stata quella di non voler «*proiettare il complesso di limiti finora riservati alle leggi provvedimento regionali*»¹⁰⁰.

Per questa ragione la sentenza n. 116 del 2020¹⁰¹ della Corte Costituzionale sembra poter squarciare il quadro complessivo sull'ammissibilità delle leggi provvedimento, sul presupposto che l'allusione implicita alla riserva di amministrazione possa finalmente costituire un serio e utilizzabile argine all'agire legislativo secondo provvedimenti.

⁹⁹Una eccezione alla tendenza a celare dietro la forma del riparto delle competenze di cui all'art 117 Cost. la sostanza della riserva di amministrazione vi è stata con la sentenza n. 258 del 2019, con cui la Corte Cost. ha sostenuto letteralmente, nel considerando in diritto n. 4.3, l'esistenza di una «*riserva di amministrazione*».

¹⁰⁰F. FERRARI, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce anche la fonte primaria statale: ancora sulla riserva di amministrazione e leggi provvedimento (Nota a C.Cost. n. 116 del 2020, in Forum di Quaderni Costituzionali, 3, 2020 p. 140.*

¹⁰¹Nella fattispecie, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge provvedimento statale con cui era stata “*legificata*” una disciplina contenuta in un atto amministrativo (quale era il Programma Operativo Straordinario per la Regione Molise per il triennio 2015-2018).

È stata proprio la consolidata ed eccezionale giurisprudenza costituzionale sulla legittimità delle leggi provvedimento regionali a prestare il fianco al nuovo ed innovativo *revirement* della Corte Costituzionale sulle fonti legislative statali, il quale potrebbe inaugurare una nuova stagione sui limiti all'ammissibilità delle leggi provvedimento (statali) nella prospettiva della riserva di amministrazione.

Quanto affermato è desumibile sia dal tenore delle argomentazioni svolte, sia dal bisogno che la Corte avverte di parificare il regime del sindacato giurisdizionale tra fonti legislative statali e regionali a carattere provvedimentale¹⁰².

Da un lato, detto bisogno si tramuta per la prima volta in necessità (e così si spiega l'insistenza della Corte sul punto), dall'altro la sua genesi ripone le sue radici in ragioni autonome e non certamente in specifiche censure del giudizio (e così si spiega la volontà di staccarsi dal circoscritto *petitum*)¹⁰³.

Sotto il profilo contenutistico, invece, la Corte coglie che se, per un verso, la tutela giurisdizionale non pregiudica totalmente il diritto di difesa con il passaggio dalla giustizia amministrativa a quella costituzionale, per un altro, in alcune ipotesi l'agire legislativo secondo provvedimenti reca in sé il rischio di tradire le garanzie tipiche del procedimento amministrativo e ne fa venire in rilievo le relative mancanze¹⁰⁴.

L'adozione di una legge provvedimento secondo il procedimento legislativo costituzionalmente previsto si caratterizza per essere priva di quei connotati procedurali che presiedono alla garanzia del cittadino, e anche se la lacuna è fisiologica essa diventa patologica se la gestione della fattispecie avrebbe potuto più compiutamente porsi con l'esercizio della funzione amministrativa da parte della Pubblica Amministrazione.

¹⁰²Considerando in diritto, n. 6.1.

¹⁰³Per un approfondimento generale si veda: A. MORELLI, *Corrispondenza tra chiesto e pronunciato e principio di effettività nel giudizio incidentale sulle leggi*, in A. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI, *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, pp. 401 ss.

¹⁰⁴La questione è ben spiegata anche da C. DI MARTINO, *Considerazioni sull'ammissibilità delle leggi provvedimento*, cit., pp. 19 ss.

D'altro canto, l'agire amministrativo procedimentalizzato fornisce al cittadino maggiori garanzie rispetto all'agire legislativo: a) dal punto di vista partecipativo, sia con riferimento alle censure finalizzate alla tutela del proprio interesse legittimo (partecipazione cd. difensiva), sia con riguardo a quelle preordinate alla tutela dell'interesse pubblico primario (partecipazione cd. collaborativa); b) dal punto di vista della trasparenza, assicurando il diritto di accesso ai documenti amministrativi; c) dal punto di vista sostanziale, imponendo alla Pubblica Amministrazione l'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi.

In generale, poi, il procedimento amministrativo consente un'adeguata istruttoria ed un'efficace riflessione sugli interessi in gioco, mentre il procedimento legislativo sacrifica la posizioni dei singoli nel tentativo di mediarle nel più importante interesse generale¹⁰⁵, con la conseguenza che laddove sussista una riserva di amministrazione (perché imposta dalla legge statale o direttamente dalla Costituzione) il legislatore non potrà adottare una legge provvedimento senza incorrere in una riduzione della soglia di tutela procedimentale dei privati.

In questa direzione, la Corte non ha mancato di dare rilievo a quanto precisato, nella parte in cui ha statuito che *“Non vi è dubbio infatti che l'oggetto della legificazione abbia tutte le caratteristiche di una materia ragionevolmente inquadrabile fra quelle naturaliter amministrative, come del resto ritenuto dallo stesso legislatore statale del 2014. Si è ricordato che la disciplina legificata era contenuta in un atto generale di pianificazione, e quindi dalle rilevanti ricadute su tutte o gran parte delle strutture sanitarie regionali. Le scelte da effettuare, destinate a riverberarsi sulla salute dei cittadini molisani, richiedevano, dunque, al massimo grado un'adeguata conoscenza di dati di fatto complessi e di non facile lettura, dati che solo una istruttoria amministrativa approfondita, e arricchita dalla partecipazione degli enti interessati, poteva garantire. Non è un caso dunque che il contenzioso da*

¹⁰⁵Così, F. FERRARI, *Il giudizio comparativo tra atti*, cit., pp. 141 ss.

*cui prende le mosse la questione di legittimità costituzionale in esame sia incentrato sulla mancata partecipazione all'istruttoria e sulla conseguente inadeguatezza della stessa*¹⁰⁶.

Tuttavia, dopo aver esteso il complesso dei limiti riservati alle leggi provvedimento regionali anche a quelle statali e dopo aver parificato il relativo sindacato, la Corte ha finito col trincerare la valutazione di illegittimità costituzionale della legge provvedimento statale negli articoli 3 e 97 Cost., ripetendo il medesimo *modus procedendi* teorizzato nei suoi precedenti.

Segnatamente, anziché teorizzare una volta per tutte la riserva di amministrazione come limite all'adozione delle leggi provvedimento (anche statali), come era plausibile dal tenore delle argomentazioni svolte, ha continuato a preferire la scelta del "pretesto", celando dietro la forma della non arbitrarietà e della ragionevolezza e del buon andamento e della imparzialità la sostanza della riserva di amministrazione¹⁰⁷.

Ma se tale operazione intellettuale risulta essere un *escamotage* più o meno resistente sul piano delle leggi provvedimento regionali, dal punto di vista delle leggi provvedimento statali appare agevolmente vincibile ed evidenzia un'inutile riluttanza a dire ciò che in realtà è già stato detto tra le righe.

D'altronde, tenuto in disparte il principio di ragionevolezza, la valorizzazione del principio di buon andamento ed imparzialità della Pubblica Amministrazione come parametro formale per la dichiarazione di incostituzionalità della legge provvedimento statale non può che rievocare ai più i connotati della riserva di amministrazione¹⁰⁸.

¹⁰⁶Considerando in diritto n. 9.

¹⁰⁷Il riferimento è al considerando n. 7, in cui la Corte afferma «L'insistente valorizzazione delle modalità dell'azione amministrativa e dei suoi pregi non può evidentemente rimanere confinata nella sfera dei dati di fatto, ma deve poter emergere a livello giuridico-formale, quale limite intrinseco alla scelta legislativa, pur senza mettere in discussione il tema della "riserva di amministrazione" nel nostro ordinamento. In effetti, se la materia, per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo, ciò deve essere tenuto in conto nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento normativo diretto».

¹⁰⁸V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 685 ss.

Ne consegue che, una volta tirata in ballo sotto non proprio mentite spoglie la riserva di amministrazione, con argomentazioni che sono all'unisono preordinate a limitare gli abusi dell'Autorità legislativa nazionale (oltre che regionale) nei confronti della società, occorra maggior coraggio nell'affermarla e applicarla. E nel fare ciò si traccerebbe finalmente un chiaro viatico nel quale far confluire tutte quelle riflessioni che abbiano l'obiettivo comune di rimeditare sulla categoria delle leggi provvedimento, sia con riferimento alla loro ammissibilità che alla loro sindacabilità, nella prospettiva di una più pregnante tutela dei diritti coinvolti.

In conclusione, se il recente arresto della Corte Costituzionale ha avuto il merito di riaccendere il dibattito sull'esistenza della riserva di amministrazione come limite all'ammissibilità delle leggi provvedimento (anche statali), il passo successivo deve essere quello di affermare e poi valorizzare tale limite, nella consapevolezza che non è la società ad essere asservita all'Autorità ma è l'Autorità ad esistere per essere funzionale al rispetto e al godimento dei diritti (sia procedimentali che processuali).

La sentenza in questione, infatti, ancorché escluda l'esistenza della riserva di amministrazione (si legge testualmente al punto 7 che l'argomentazione giuridica della Corte è compiuta "senza mettere in discussione il tema della "riserva di amministrazione" nel nostro ordinamento"), finisce in realtà per postularne l'esistenza attraverso il richiamo a principi di cui all'art 97 Cost.

Più che di una riserva di amministrazione, si tratta nello specifico di una "riserva di procedimento amministrativo o di giusto procedimento"¹⁰⁹, poiché se la materia è di natura amministrativa essa deve essere regolata secondo le garanzie tipiche del procedimento amministrativo, e senza che la loro mancanza possa essere addebitata al procedimento legislativo in quanto ad esso fisiologicamente estranee.

¹⁰⁹D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 1 ss.

E se quanto detto non basta ad affermare l'esistenza della riserva di funzione amministrativa nel nostro ordinamento, quantomeno serve, come ha rilevato la più attenta dottrina¹¹⁰, a disvelare una profonda contraddizione all'interno della giurisprudenza costituzionale che, da un lato, esclude in maniera *tranchant* la riserva in questione, e dall'altro, la rivitalizza sotto la dizione del principio del giusto procedimento in ottica servente all'attuazione di più principi e norme costituzionali.

Ma anche laddove ci si limitasse a tale assunto, occorrerebbe comunque scartare l'argomentazione per cui le decisioni della Corte come quella in commento andrebbero confinate tra le pieghe del caso concreto in quanto costituenti una mera delimitazione per mezzo del giusto procedimento della regola generale dell'ammissibilità della legislazione provvedimentale, per accedere finalmente all'idea secondo cui la soluzione della contraddizione interpretativa non passa per una ricostruzione in termini di eccezione alla regola ma dall'affermazione e valorizzazione della riserva di amministrazione quale limite all'agire legislativo secondo provvedimenti.

Ciò nella consapevolezza che problemi del tipo riflettono inevitabilmente il travagliato e tortuoso cammino¹¹¹ verso la costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento¹¹², di cui manifestazione accessoria è la riserva di amministrazione, la quale, se venisse definitivamente affermata - come si ritiene in un certo senso avvenga nella pronuncia analizzata -, condurrebbe evidentemente non soltanto all'incostituzionalità delle leggi provvedimento (anche sta-

¹¹⁰Si vedano le riflessioni di A. CARDONE, *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del "giusto procedimento di pianificazione"*, in *Forum Cost.*, 2018, p. 10, con cui l'Autore ha rinvenuto una «tensione insita nella latente contraddizione esistente all'interno della giurisprudenza costituzionale tra l'affermazione della costituzionalità delle leggi-provvedimento per inesistenza di una riserva d'amministrazione e la ricostruzione del principio del "giusto procedimento" in termini serventi rispetto all'attuazione di più principi e norme costituzionali».

¹¹¹Per un maggiore approfondimento della giurisprudenza costituzionale e della dottrina giuspubblicistica sulla valenza costituzionale del principio del giusto procedimento si cfr.: L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Forum Cost.*, 2005, pp. 1 ss.

¹¹²In questa direzione sembrano sia il diritto Ue che quello convenzionale, su cui cfr. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino 2016.

tali), ma anche e soprattutto alla marginalizzazione delle stesse nel panorama giuridico nazionale.

E se questa è la direzione, si staglia all'orizzonte una nuova (e tanto desiderata) stagione delle leggi provvedimento, le quali torneranno ad essere eccezione e non più regola dei giorni nostri.

In definitiva, dall'analisi svolta, risulta che i diritti chiamati in causa - quali quelli alla tutela giurisdizionale e al giusto procedimento - appaiono in grado, seppur con risultati ed effetti diversi, a temperare gli abusi dell'agire legislativo, favorendo il ritorno alla marginalità delle leggi provvedimento e il ripristino dello *status quo ante*.

Da un lato, la valorizzazione del diritto alla tutela giurisdizionale consentirebbe un sindacato più pervasivo, celere e diffuso nell'attribuire al giudice amministrativo poteri di controllo non più ad esclusivo appannaggio del giudice costituzionale, dall'altro, l'affermazione della riserva di amministrazione quale corollario del principio del giusto procedimento porrebbe un più roccioso argine alla possibilità di agire legislativamente secondo provvedimenti.

La soluzione, nella prima ipotesi, accrescerebbe lo spazio e la celerità di sindacato delle leggi provvedimento, mentre nella seconda, ne circoscriverebbe assai drasticamente l'utilizzo tra le mire legislative.

ALESSANDRA AMORE

Dottore di ricerca in “Scienze economiche, aziendali e giuridiche”.

alessandra.amore@unipa.it

**LO STATO INTERVENTISTA NELLO SCENARIO DEL
PNRR: UN'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA SOCIO
SANITARIA DI NATURA EGUALITARIA**

**THE INTERVENTION STATE IN THE PNRR SCENARIO: AN
ADMINISTRATIVE SOCIO-HEALTH ORGANIZATION OF
EQUALITY IN NATURE**

SINTESI

La pandemia da Covid-19 ha confermato il valore universale della salute, la sua natura di bene pubblico fondamentale e la rilevanza macro-economica dei servizi sanitari pubblici. Durante la pandemia – difatti - sono emerse nuovamente le gravi diseguaglianze territoriali che compromettono il diritto alla salute dei cittadini nei territori in cui vi è meno capacità organizzativa e amministrativa.

L'articolo si occupa di esaminare gli obiettivi cristallizzati nella Missione 6 “Salute” del PNRR per riflettere se la riemersione dello Stato interventista ed una nuova prospettiva di organizzazione amministrativa siano indispensabili per una “buona amministrazione” e per tentare di superare le diseguaglianze territoriali.

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic has confirmed the universal value of health, its nature as a fundamental public good and the macro-economic relevance of public health services. During the pandemic - in fact - the serious territorial inequalities that compromise the right to health of citizens, in territories where there is less organizational and administrative capacity, have emerged again.

The article examines the objectives crystallized in Mission 6 "Health" of the PNRR to reflect on whether the re-emergence of the interventionist State

and a new perspective of administrative organization are indispensable for "good administration" to overcome territorial inequalities.

PAROLE CHIAVE: diritto sanitario, PNRR, diseguaglianze territoriali, organizzazione amministrativa, Stato.

KEY WORDS: health law; PNRR; territorial inequalities; administrative organization; State.

INDICE: 1. Il valore universale del diritto alla salute e la struttura sanitaria desiderata dai cittadini dopo il Covid. - 2. Le diseguaglianze territoriali. - 2.1.(Segue): le cause della mobilità sanitaria. 3. Le modalità di attuazione della Missione 6 del PNRR. - 3.1. (Segue): L'esercizio del potere sostitutivo statale in ipotesi di inattuazione degli obiettivi del PNRR. - 4. Ripensando l'organizzazione amministrativa sanitaria come funzione dell'ordinamento, custode della sovranità popolare - 5. La centralità della legge come "scrigno" dei principi di organizzazione amministrativa sanitaria. - 6. Funzione integrativa del giudice? I percorsi condotti dal giudice e dal legislatore nella realizzazione del diritto alla salute. - 7. Conclusioni.

1. Il valore universale del diritto alla salute e la struttura sanitaria desiderata dai cittadini dopo il Covid.

Rileggendo i lavori preparatori della Carta costituzionale si coglie che l'esigenza di pervenire ad un ragionevole punto di equilibrio tra istanze autonomistiche, promozione della solidarietà tra i territori, ed eguaglianza sostanziale tra i cittadini in tema di diritto alla salute sono stati alcuni tra i nodi fondamentali su cui ha disquisito l'Assemblea costituente nella definizione dei contenuti della Carta costituzionale.

Basti pensare a Mortati, per il quale *«la costituzione italiana è la sola, fra quelle contemporanee, che, nel conferire rilievo costituzionale agli interessi collegati con la salute dei cittadini ne abbia dato una disciplina compiuta»*; nell'art. 32 della Carta costituzionale, dunque, si afferma il ruolo centrale dello Stato democratico di *«individuare le fondamentali situazioni soggettive collegate alla tutela stessa nonché di determinare, nel modo meno impreciso possibile, i limiti in cui sono da contenere gli interventi statali»*¹.

¹Corte cost. sentt. nn. 309 del 1999; 267 del 1998; 304 del 1994; 218 del 1994. In dottrina tra i numerosi contributi, in materia di diritto alla salute si rinvia a: C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, ora in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, pp. 433 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, pp. 31 ss.; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 2 ss.; C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute* in R. NANIA – P. RIDIOLA, *I diritti costituzionali III*, Torino, 2006; M. CARTABIA – P. TANZARELLA, *L'integrità morale*, in P. GIANNITI (a cura di), *I diritti fondamentali dell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Roma, 2013; R. BALDUZZI - D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI - G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, pp. 13-88; I. CIOLLI, *I diritti sociali "condizionati" di fronte alla Corte costituzionale*, in *Riv. lav. prev. soc.*, 2017, 353 ss.; C. COLAPIETRO, *I diritti sociali*, in C. COLAPIETRO, M. Ruotolo (a cura di), *Diritti e libertà*,

Queste considerazioni unitamente ai percorsi ermeneutici condotti nel corso degli anni consentono di qualificare la salute come un diritto complesso che si traduce nella tutela dell'integrità psico-fisica, nel diritto alle prestazioni sanitarie, ma anche nella libertà di scegliere se sottoporsi alle prestazioni sanitarie o no. Lo Stato e le Regioni hanno il compito di programmare e predisporre un'organizzazione amministrativa sanitaria in grado di garantire una effettiva tutela del diritto alla salute.

Da un punto di vista strettamente giuridico, la questione si pone in questi termini: è compito della Repubblica creare quelle condizioni affinché le persone possano esercitare il diritto a ottenere la tutela della propria salute, che si concretizza nell'accesso all'assistenza sanitaria generale e specialistica.

In questa prospettiva, come osservato dalla Corte Costituzionale, «*organizzazione e diritti sono aspetti peculiari della stessa materia, l'una e gli altri implicando e condizionandosi reciprocamente*» e «*che non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione*»². Tale principio giurisprudenziale configurerebbe in capo all'amministrazione il dovere di assicurare la salute del malato, attraverso l'accoglimento del medesimo, la comprensione delle sue esigenze e bisogni, la diagnosi della malattia, l'individuazione del trattamento terapeutico e di un percorso esistenziale, all'interno della struttura sanitaria, che individui nella dimensione identitaria del malato, nella sua persona e nel perseguimento del suo benessere psico-fisico, il suo fulcro e il suo fine. La pandemia da Covid-19 ha confermato il valore universale della salute, la sua natura di bene pubblico fondamentale e la rilevanza macro-economica dei servizi sanitari pubblici.

Nel corso di questi mesi, difatti, le aspettative degli italiani tratteggiano un quadro nitido della Struttura sanitaria. In particolare, da un'indagine condotta dal Censis 2021 emerge che: il 52% si attende di vedere più efficienza, cioè

Torino, 2014, p. 93 ss.; C. CASONATO, *La salute e I suoi confini. Una prospettiva comparata*, in G. CERRINA FERONI - M. LIVI BACCI - A. PETRETTO (a cura di), *Pubblico e privato nel sistema di welfare*, Firenze, 2017, pp. 55-67.

² Corte Cost., sentenza n. 383 del 1998.

che si faccia di più e meglio su liste di attesa, strutture, servizi; il 33,2% più umanità, maggiore attenzione al malato come persona, più ascolto, dialogo, empatia; il 30,8% più collaborazione tra i diversi soggetti della sanità, ovvero pubblico, privato, cittadini (...); il 26% più equità, cioè che l'accesso alla sanità sia garantito in modo eguale al di là della residenza³. Ed ancora, l'89,6% vorrebbe strutture sanitarie di facile accesso per le cure; l'83,6% richiede maggiori informazioni sulla salute e, più in generale, sull'educazione sanitaria; il 73,1% ritiene estremamente rilevante l'utilizzo di strumenti digitali e della telemedicina⁴. Sono idee: semplici, delineate con nettezza, non contraddittorie e che rinviano ad un Servizio sanitario cardine del *welfare* e della protezione soggettiva, produttore di servizi essenziali per un bene essenziale come la salute. La situazione emergenziale sanitaria Covid-19 ha reso ancora più evidenti, dunque, alcuni aspetti critici di natura strutturale, che in prospettiva potrebbero essere aggravati dall'accresciuta domanda di cure derivante dalle tendenze demografiche, dalla conseguente modificazione dei bisogni di salute della popolazione, con quota crescente di anziani e patologie croniche⁵. L'esperienza della pandemia ha inoltre evidenziato l'importanza di poter contare su un adeguato sfruttamento delle tecnologie più avanzate, su elevate competenze digitali, professionali e manageriali, su nuovi processi per l'erogazione delle prestazioni e delle cure e su un più efficace collegamento fra la ricerca, l'analisi dei dati, le cure e la loro programmazione a livello di sistema.

Infine durante la pandemia sono emerse soprattutto le gravi disegualianze territoriali che compromettono il diritto alla salute dei cittadini nei territori in cui vi è meno capacità organizzativa e amministrativa. Il problema è - come osservato da Autorevole dottrina - che le autorità centrali non sono state

³*Cantieri per la sanità del futuro. Vision e progetti per un servizio sanitario di eccellenza ovunque. Report finale*, Roma 22 giugno 2021, in *censis.it*.

⁴Sintesi ricerca Censis, "Il valore dell'autoregolazione responsabile della salute dei cittadini per la nuova sanità oltre l covid-19", in *censis.it*.

⁵Infatti, i dati indicano che in Italia al 2040 ci saranno oltre 19 milioni di anziani e 28 milioni di cronici, con incrementi nel ventennio rispettivamente del 38,5 % e del 12%. La percentuale di anziani più elevata si riscontra nel Lazio, + 45,8%, seguita dal Veneto + 44%, dalla Puglia + 36, 8% e dal Piemonte + 28, 7%, in *Cantieri per la sanità del futuro*, cit.

capaci - nel corso degli anni - di «*esercitare le funzioni di controllo che la Costituzione assegna loro*», di svolgere «*il necessario monitoraggio delle prestazioni effettivamente erogate*», di raccogliere e fornire dati di comparazione che «*se resi pubblici e confrontabili, servirebbero ai cittadini per rendere effettivo il controllo democratico sulle proprie amministrazioni*»⁶. E così la strategia perseguita con il Piano nazionale di ripresa e resilienza (da qui in poi anche PNRR) – le cui modalità di gestione e attuazione sono legiferate nel d.l. del 31 maggio del 2021, n. 77 – si propone di affrontare in maniera sinergica tutti questi aspetti critici.

Gli obiettivi cristallizzati nel PNRR rendono ancora più profonda – difatti – l'interrelazione tra le molteplici e le fondamentali dimensioni tipiche della materia in esame: quella della necessità di garantire una uguale tutela dei cittadini senza distinzione derivanti dai luoghi di residenza; quella concernente il rapporto tra Stato e cittadino, basato sulla centralità della persona umana nell'ambito della P.a.; quella sull'incapacità di talune Regioni di incentrarsi sulle aspettative di assistenza sanitaria dei cittadini, con contestuale implementazione del tasso di mobilità o migrazione sanitaria.

Solo la considerazione unitaria di questi aspetti consente di capire che attività normativa e organizzazione amministrativa devono essere considerate unitariamente, in una sorta di endiadi.

In particolare, il lavoro si propone di comprendere come la riemersione dello Stato interventista ed una nuova prospettiva di organizzazione amministrativa siano indispensabili per una “buona amministrazione” – preposta al compimento di scelte finalizzate alle aspettative sanitarie dei cittadini – e per tentare di superare le diseguaglianze territoriali⁷. Inoltre, mediante una rilettura

⁶Cfr. R. BIN, l'A. afferma inoltre che: « (...) l'unico controllo è quello sulla spesa, che però non ci dice nulla sulla qualità delle prestazioni effettivamente erogate: anzi, il controllo sostitutivo che è provocato dai deficit dei bilanci sanitari, con il commissariamento delle regioni colpevoli, ha mirato esclusivamente al ripiano finanziario, lasciando dietro di sé un taglio della spesa sanitaria con relativa contrazione dei servizi erogati ».

⁷Per ulteriori approfondimenti in tema di diritto del cittadino ad una buona amministrazione si rinvia a: S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, in AA.VV., *Annuario AIP-DA 2016. Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Atti del convegno annuale*, Napoli, 2017, il quale sostiene che il concetto di buona amministrazione assume «*contenuti diversi, perché può riguardare trasparenza, partecipazione, obbligo di motivazione, imparzialità proporzionalità, i desti-*

in chiave personalistica di alcuni principi costituzionali, artt. 2, 3, 97, 117, co. 3 e 5, 120 Cost., si proverà a evidenziare il ruolo centrale dello Stato nella predisposizione di un'organizzazione amministrativa sanitaria adattata – rileggendo Berti – «nel suo modo di essere e nelle sue articolazioni, ai principi della sovranità popolare»; quella sovranità popolare che obbliga «la produzione giuridica e la formazione dei centri di potere in cui la produzione stessa si articola: il momento organizzativo diviene perciò preminente a quello puramente normativo»⁸.

2. Le diseguaglianze territoriali

Nel corso degli anni, l'assetto della ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni e il decentramento politico hanno disegnato «21 sistemi sanitari diversi», con palesi esiti di tipo discriminatorio nell'esercizio del diritto alla salute.

Come è noto la ripartizione di competenze tra Stato e Regioni in tema di diritto alla salute riserva allo Stato il compito di stabilire uno *standard* minimo uniforme su tutto il territorio nazionale.

L'art. 1, comma 7, del d.lgs. n. 502 del 1992, definisce i LEA come le «tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che presentano, per specifiche condizioni cliniche o di rischio evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, a fronte delle risorse impiegate; da tale categoria sono escluse le «tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che: a) non rispondono a necessità assistenziali tutelate in base ai principi ispiratori del Servizio sanitario nazionale di cui al comma 2; b) non soddisfano il principio dell'efficacia e dell'appropriatezza (...); c) in presenza di altre forme di assistenza volte a soddisfare le medesime esigenze, non soddisfano il principio dell'economicità nell'impiego delle risorse (...)».

natori sono tutti gli individui (...) ha declinazione diverse perché è sia in funzione dell'efficienza pubblica amministrazione, sia in funzione della tutela dei singoli cittadini (...)»; D. U. GALLETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie Procedimentali nei confronti della pubblica amministrazione*, in Riv. trim. dir. pubbl. comun., 2005, 3, p. 819 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, pp. 49 ss.; R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza*, Rimini, 2016, p. 101, P.A. afferma: «configurare le regole di buona amministrazione quali standard, prefigura un nuovo approccio sostanziale alla giuridicità, la quale, invece è sempre stata ineluttabilmente correlata alla legalità formale».

⁸G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 75.

Si tratta, dunque, di una riforma normativa che rende il Piano nazionale come «una cornice di sintesi, costituita dalle macro linee di indirizzo frutto del processo di concertazione con le Regioni, all'interno della quale vanno ricondotti e trovano coordinamento i diversi accordi, piani e programmi che danno consistenza al funzionamento complessivo di tutto il sistema»⁹. La stessa Corte costituzionale ha affermato 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» in cui si colloca al centro la persona umana, sia nella sua individualità, sia nell'organizzazione della comunità di appartenenza¹⁰. Senonché l'esito finale delle scelte organizzative e di politica sanitaria compiute dallo Stato e dalle Regioni – rappresentanti di un'identità politica diversa da quella statale e da quella delle altre Regioni - è un mosaico assistenziale fonte di preoccupazione.

Precisamente, l'inadeguatezza di tipo gestionale ed operativo di alcune Regioni, l'incapacità amministrativa di gestire le risorse finanziarie da parte delle medesime ed il controllo poco incisivo del Governo centrale impediscono alle popolazioni – soprattutto meridionali – di disporre di un'adeguata assistenza sanitaria.

Ponendo l'attenzione sull'inadeguatezza di tipo gestionale ed operativo delle organizzazioni amministrative si coglie un profilo di inefficienza correlato – prima di tutto – alle modalità di ripartizione del Fondo sanitario, che danno

⁹A. PIOGGIA, *Diritto sanitario*, Torino, 2017, p. 126.

¹⁰Corte cost., n. 62 del 2020, con nota di di F. SUCAMELI, *La tutela multilivello del diritto alla salute: guida alla lettura di Corte cost. sent. n. 62/2020*, in *Diritto & Conti. Bilancio, comunità, persona*, 2020, 1. Tale sentenza si pone in espressa continuità con le sentenze della Corte costituzionale nn. 275 del 2016 e 169 del 2017. In dottrina per ulteriori approfondimenti: F. CORTESE, *Più amministrazione fa bene alla salute*, in *laCostituzione.info*, 14 novembre 2017; F. GUELLA, *Incostituzionalità per insufficienza: la Corte censura la non previamente concertata quantificazione statale dei maggiori spazi di spesa regionale, con una sentenza additiva di principio che nondimeno abbisogna di futuro accordo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 marzo 2019; E. TALARICO, *Quando le sentenze costituzionali limitano la discrezionalità delle politiche di bilancio del legislatore. Note alla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2019*, in *Diritto & Coni. Bilancio, Comunità, Persona*, 2019, 1. Per un approfondimento generale in tema di LEA si rinvia a: C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 2, pp. 664 ss.

maggiore peso alle persone anziane – localizzate soprattutto nelle Regioni del Nord – in luogo di altri fattori in grado di misurare il c.d. indice di deprivazione. Si aggiunga poi che questa divergenza nei trasferimenti delle risorse finanziarie finisce, da un lato per precludere ai cittadini meridionali la possibilità di accedere alle cure in una fase primordiale della malattia, dall'altro per rallentare la soluzione delle persistenti inadeguatezze tecnologiche e infrastrutturali (le strutture ospedaliere non a norma sono pari al 74,9% al Sud contro il 21% del Nord), con elevate ricadute sugli *standard* qualitativi delle strutture sanitarie¹¹. Gli ostacoli di ordine economico sociale e la riduzione delle risorse finanziarie nei confronti delle Regioni meridionali, quindi, impedendo il pieno sviluppo della persona, renderebbero fallimentare il progetto costituzionale di società migliore¹². Sul punto, in via generale, si rammenta che il diritto ai trattamenti sanitari è «*garantito ad ogni persona come diritto costituzionalmente condizionato al bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente protetti. Bilanciamento che, seppur vincolato dai limiti oggettivi previsti dalle risorse organizzative e finanziarie, non dovrebbe mai impedire la costituzione di situazioni pregiudizievoli all'attuazione del diritto alla salute, quale ambito inviolabile della dignità umana*»¹³. Detto in altri termini, le mere esigenze finanziarie, pur dovendosi contemperare con gli interessi costituzionali, *ex artt.* 81 e 117, co. 2, lett. e, Cost., non dovrebbero sacrificare interamente il nucleo irriducibile e indefettibile del diritto alla salute, pena l'illegittimità costituzionale delle norme¹⁴.

In un passaggio di particolare chiarezza il giudice delle leggi afferma: «*le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un*

¹¹Con riferimento al *deficit* di strutture sanitarie tecnologiche ed altamente specializzate, cfr.: G. VIESTI, *Mezzogiorno a tradimento: il Nord, il Sud e la politica che non c'è*, Roma- Bari, 2009, p. 88.

¹²Tale considerazione va esaminata unitamente con un altro dato – di non poco conto – qual è il ridotto potere di acquisto delle popolazioni meridionali, in considerazione degli elevati tassi di disoccupazione, che hanno generato un PIL *pro capite* per il 2018 pari a 55,2% nel Mezzogiorno – aumentato dello 0,2% nel 2019 – e di 37 mila euro circa per il Nord-ovest, aumentato dello 0,4% nel 2019. Anche il fattore economico, quindi, incide sul diritto alla salute e si configura come fonte di disuguaglianze.

¹³Corte Cost. sentt. nn. 309 del 199; 267 del 1998, n. 304 del 1994, n. 218 del 1994.

¹⁴Consiglio di Stato n. 3297 del 2016.

peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana».

Nella realizzazione del dettato costituzionale, perciò, i decisori politici sono tenuti a contemperare gli interessi connessi alla salute con quelli legati alla sostenibilità finanziaria del sistema: i principi costituzionali devono funzionare relazionalmente, sia perché tra interessi costituzionalmente protetti non può attribuirsi assolutezza ad un diritto a scapito degli altri, sia perché, da un punto di vista pratico, lo Stato dovrebbe avere i conti in ordine per poter destinare le risorse finanziarie nei settori di rilievo sociale.

Oltre agli aspetti finanziari quali sono i profili critici dell'organizzazione amministrativa tali da compromettere l'uguaglianza tra i cittadini? Il primo aspetto meritevole di approfondimento riguarda il modo in cui i singoli sistemi normativi regionali individuano la persona che ha diritto alle prestazioni di assistenza sanitaria. Sul punto, difatti, occorre scindere il diritto delle persone sane a sottoporsi ad accertamenti medici per non veder compromesso il proprio benessere psico-fisico, e il diritto delle persone «malate» ad essere assistite nel corso della malattia. Per poter accedere alle prestazioni sanitarie, dunque, bisogna esser qualificati come bisognosi di cure da parte della struttura sanitaria che accoglierà la richiesta e provvederà a garantire i trattamenti necessari (si pensi alla differente qualificazione regionale circa le persone da coinvolgere nelle politiche di prevenzione o di screening oncologico¹⁵; o ancora alla definizione di pa-

¹⁵Nel 2019 alcune Regioni o singoli programmi hanno continuato a coinvolgere allo screening mammografico anche le donne di età 45-49 (con intervallo annuale) e 70-74 (con intervallo biennale) con differenti modalità organizzative. Per quanto concerne la fascia d'età 45-49 nel 2019 la Regione Emilia Romagna registra la percentuale più elevata - pari all'89% - di donne coinvolte, seguita dal Piemonte (34%) e dalla Valle d'Aosta (30%) Toscana (21%) e Lombardia e Basilicata (16%). Con riferimento invece alle donne della fascia d'età 70-74enni su 197.279 di donne invitate hanno risposto all'invito con una partecipazione di circa il 67% Emilia - Romagna, Lombardia e Umbria, le quali hanno raggiunto valori di estensione molto rilevanti e pari rispettivamente al 97%, 86% e 83%, in *La diffusione degli screening oncologici in Italia: aggiornamento al 2019*, in *salute.gov.it*.

ziente terminale da sottoporre a cure palliative ovvero in una struttura a domicilio)¹⁶.

2.1 (Segue): la mobilità sanitaria

Le diseguaglianze territoriali tratteggiate nel precedente paragrafo introducono il drammatico tema della c.d. mobilità o migrazione sanitaria, le cui cause si possono rinvenire in ordine alle seguenti cause.

Anzitutto, la scelta di emigrare è legata alla ricerca di una migliore qualità dei medici, delle relazioni tra medico e paziente e della struttura pubblica o privata. La seconda c.d. dimensione pratico-logistica riguarda la possibilità di curarsi tentando di ridurre al minimo i disagi correlati alle attività di cura (i.e. lontananza dalla struttura ospedaliera, disinformazione, rigidità burocratiche...). La terza c.d. area della necessità concerne le scelte dettate dall'impossibilità di fruire nella propria regione delle prestazioni sanitarie, a causa anche della presenza di liste d'attesa lunghe¹⁷. Il carattere preoccupante di

¹⁶Una ulteriore diseguaglianza territoriale rileva poi dalla percentuale di offerta dei posti letto (anche PL) delle singole Regioni: mentre alcune Regioni mostrano, nel 2018, tassi di posti letto per acuti superiori al 3,0 PL per 1.000 abitanti (i.e. Valle d'Aosta, Lombardia, Pa di Bolzano), altre hanno un tasso di PL per acuti vicini allo standard ed altre ancora superiore allo standard dello 0,7 per 1000 (i.e. Piemonte, Pa Trento, Emilia-Romagna...); infine, un'offerta inferiore allo standard si riscontra in quasi la totalità delle Regioni centrali e meridionali. E tale variabilità regionale si è evidenziata soprattutto nel contesto Covid-19. In ordine a tale diseguaglianza si rappresenta che la difficoltà di rimodulare l'offerta dei PL è strettamente connessa alla rigidità della struttura dell'offerta nonché ad un'obiettivo insufficiente di dotazione di strutture e risorse indispensabili per l'ampliamento dei PL. Pertanto, sorgeva già ancor prima della pandemia l'esigenza impellente di revisionare il DM n. 70/2015. Non meno mortificanti per le Regioni, soprattutto del Sud, sono i dati relativi ai ricoveri, alle giornate di degenza media per prestazioni erogate in regime di RO o DS "a rischio di inappropriatazza". Il tasso di dimissione complessivo a livello nazionale per prestazioni a rischio di inappropriatazza è dello 0,72 per 1000 residenti in regime di RO e di 0,36 per 1000 in DS. Insomma, la percentuale dei ricoveri potenzialmente inappropriati risulta ancora erogato in RO; ed eccessivamente elevata; ciò, farebbe supporre che le politiche e le strategie per favorire un corretto ed efficiente utilizzo delle strutture, che da diversi anni animano il dibattito nazionale, non abbiano visto applicazione concreta, con contestuale speco di risorse ed un aumentato rischio per la salute dei pazienti. Infine, si registrano divergenze territoriali in ordine all'assistenza domiciliare integrata (c.d. ADI), insieme di trattamenti sanitari e socio-sanitari per l'erogazione coordinata e continuativa di prestazioni sanitarie e socio-assistenziali al domicilio, da parte di medici e operatori sanitari. Precisamente se si considera l'accorpamento per macroaree il tasso di pazienti over 65 anni in ADI registra dei valori in crescita, soprattutto nelle Regioni del Sud e le Isole. Per quanto concerne le singole Regione, invece, si registra un "tasso minimo" per la PA Bolzano e si riscontra il valore più elevato per il Molise, la Sicilia e la Basilicata.

¹⁷Sul punto per ulteriori approfondimenti si rinvia a: *Osservatorio sui tempi di attesa e sui costi delle prestazioni sanitarie nei Sistemi Sanitari Regionali – II annualità – 2018*, in *quotidianosanità.it*. Di fronte a liste di attesa lunghe e la contestuale necessità di curarsi la differenza la fa la possibilità o meno di ricorrere a prestazioni sanitarie interamente a carico del paziente erogate dalle strut-

tale fenomeno ha condotto a parlare di un serio «rischio» per l'unità del SSN, al punto di costituire fonte di «disgregazione»¹⁸. In particolare dai dati contenuti nella relazione della Corte dei conti si coglie che mentre nella zona settentrionale e del centro Italia la mobilità in questione tende ad indirizzarsi verso le strutture sanitarie delle Regioni confinanti; diversamente, nel Mezzogiorno il flusso da Sud a Nord è certamente più numeroso, soprattutto per le patologie oncologiche, ortopediche e pediatriche, le quali richiedono competenze tecnico-scientifiche possedute frequentemente da centri specializzati e di eccellenza non diffusi su tutto il territorio nazionale¹⁹. In tale scenario, sono distinguibili due profili fondamentali: la libertà del paziente di scegliere la struttura erogatrice della prestazione sanitaria in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di appartenenza e la possibilità di contenimento della spesa sanitaria da parte delle singole Regioni²⁰. L'importanza e la delicatezza della voce della mobilità sanitaria, nonché della spesa relativa alle prestazioni sanitarie offerte ai non residenti, la si coglieva – inoltre – nell'accordo finanziario-programmatico tra Stato-Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano (c.d. Patto per la salute 2010-2012). Precisamente, l'art. 19 del Patto precitato disponeva che la conclusione di accordi tra Regioni confinanti per disciplinare la mobilità sanitaria al fine di: «evitare fenomeni distortivi indotti da differenze tariffarie e da differenti gradi di applicazione delle indicazioni di appropriatezza definite a livello nazionale; favorire collaborazioni interregionali per attività la cui scala

ture sanitarie. Tutto questo crea un legame tra salute e capacità economiche, un mercato a vantaggio dell'economia sanitaria privata e la contestuale rinuncia alle cure per motivi economici soprattutto da parte delle famiglie del Sud.

¹⁸Sul punto si rinvia all'intervento del Ministro della Salute in occasione della Giornata celebrativa dei 40 anni del Servizio Sanitario Nazionale, Roma, 12 dicembre 2018, in *regioni.it*.

¹⁹Proprio dalla relazione della Corte dei conti emerge che: la Calabria rimane la Regione con un valore di mobilità passiva particolarmente elevato, pari al 19,6 % nel 2019, strettamente correlato alla scarsa qualità delle prestazioni erogate; la Campania ha un valore di mobilità stabile pari al 9,7 %; la Sicilia, con una mobilità passiva al di sotto del “parametro di riferimento (7,5%), evidenzia un saldo negativo a causa di una mobilità attiva estremamente contenuta (1,8%)”; nel Lazio il flusso in entrata pari a 8,6% non compensa quello in uscita pari a 9,1%. Le Regioni che si confermano quali poli di attrazione sono Lombardia, Veneto, Friuli Venezia Giulia, la Provincia autonoma di Bolzano e l'Emilia Romagna. Una percentuale elevata di mobilità passiva, invece, si riscontra in Sardegna, Liguria, Provincia autonoma di Trento, Marche e Basilicata. Un equilibrio tra il tasso di percentuale di mobilità passiva e attiva si ha in Valle d'Aosta ed in Piemonte, si veda: Relazione Corte dei Conti “Rapporto 2021 sul coordinamento della finanza pubblica”, in *corteconti.it*, p. 279 ss.

²⁰La libertà di scelta del paziente include anche la libertà di autodeterminazione. In merito a quest'ultimo profilo, per ulteriori approfondimenti, si rinvia a: A. RUGGIERI, *Dignità versus vita?*, in *Rivista AIC*, 2011; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i diritti fondamentali costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista AIC*, 2011; M. C. CAVALLARO, *Autodeterminazione del paziente, obiezione di coscienza e obblighi di servizio pubblico: brevi considerazioni sulla struttura del diritto alla salute*, in questa *Rivista*, 2020, 1, pp. 198 ss.

ottimale di organizzazione possa risultare superiore all'ambito territoriale regionale; facilitare percorsi di riqualificazione ed appropriatezza dell'attività per le Regioni interessate dai piani di rientro; individuare meccanismi di controllo dell'insorgere di eventuali comportamenti opportunistici di soggetti del sistema attraverso la definizione di tetti di attività condivisi funzionali al governo complessivo della domanda».

In tale panorama normativo il primo dato che emerge è l'inclinazione del sistema sanitario nazionale verso l'adozione di modelli e forme di *multilevel governance* caratterizzati più dal «metodo del consenso (...) che dalla predefinitività di un assetto ripartito di competenze fra il centro e la periferia contrassegnato per stabilità e/o rigidità»²¹. La scelta di continuare a riconoscere rilevanza alle intese, accordi o moduli di concertazione fra i diversi livelli di governo configura – come osservato da autorevole dottrina – «una geometria variabile», in cui le Regioni si configurano come vero e proprio centro di gravità e l'allocatione di competenze tra Stato e Regione «ben lungi dall'essere stabilizzato e, soprattutto pacificato», sia perché oggetto di contenzioso costituzionale, sia perché fonte di violazione del principio di uguaglianza, ex art. 3 Cost.²². La necessità di superare la c.d. «geometria variabile» appare oggi ancor più impellente alla luce del conseguimento degli obiettivi prefissati nella Missione 6 del PNRR, la quale, per i prossimi anni, richiede l'organizzazione di una struttura improntata sull'interconnessione tra indirizzo politico, sistema di norme giuridiche e struttura organizzativa.

Tale scenario implicherebbe una metamorfosi del *modus operandi* del Governo composto da tre fasi: la prima in cui si procede alla predisposizione degli obiettivi da perseguire; la seconda cd. strumentale volta alla predisposizione degli schemi di fonti normative da adottare; la terza c.d. organizzativa e finanziaria in cui si individuano le risorse economiche da destinare a ciascun fine. Il filo conduttore di tali fasi si individua proprio nell'essenza ontologica del PNRR, preposta alla realizzazione di assi strategici per la creazione di un sistema sanitario unitario improntato sull'interconnessione tra i diversi professionisti e strutture sanitarie.

3. Le modalità di attuazione della Missione 6 del PNRR

²¹R. FERRARA, *L'ordinamento*, cit., p. 122

²²R. FERRARA, *I rapporti Stato-Regioni in materia di sanità*, cit., p. 382. Per una casistica «ragionata», cfr. M. MONSERRATO, *Considerazioni sul riparto di competenze in materia di sanità delineato dalla legge costituzionale recentemente approvata*, in *federalismi.it*, 2016.

L'odierna struttura del PNRR - come precedentemente anticipato - si compone di sei missioni di intervento, volte ad oltrepassare le diseguaglianze territoriali.

La Missione 6 “salute” si articola in due componenti: «*reti di prossimità, strutture intermedie e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale; innovazione, ricerca e digitalizzazione del SSN*».

In particolare, la riforma mira a perseguire i seguenti obiettivi: «*(i) significative disparità territoriali nell'erogazione dei servizi, in particolare in termini di prevenzione e assistenza sul territorio; (ii) un'inadeguata integrazione tra servizi ospedalieri, servizi territoriali e servizi sociali; (iii) tempi di attesa elevati per l'erogazione di alcune prestazioni; (iv) una scarsa capacità di conseguire sinergie nella definizione delle strategie di risposta ai rischi ambientali, climatici e sanitari*»²³. Con l'attuazione della riforma si intende perseguire la strategia sanitaria mediante la definizione di un adeguato assetto istituzionale e organizzativo improntato su *standard* qualitativi di cura adeguati, in linea con i migliori paesi europei e parte di un più ampio sistema di *welfare* europeo. La suddetta strategia si sostanzia nello svolgimento di tre attività principali: la definizione di *standard* strutturali, organizzativi e tecnologici omogenei per l'assistenza territoriale; l'identificazione delle strutture a essa deputate, da adottare entro il 2021 con l'approvazione di un decreto ministeriale; infine, la definizione di un nuovo assetto istituzionale in linea con l'approccio «*One – Health*» M6C1, entro la metà del 2022, previa presentazione di un disegno di legge alle Camere, dopo la consultazione del Tavolo permanente, composto da rappresentanti delle parti sociali, del Governo, delle Regioni, per le questioni connesse all'attuazione del PNRR. In particolare, alla luce dell'ontologica essenza del PNRR per la realizzazione di un progetto unitario sarebbe necessario riflettere in ordine alle modalità di un intervento normativo statale nella materia in esame.

²³PNRR, in *governo.it*.

Un'emancipazione della «fitta trama di limiti imposti da un pesante apparato legislativo dello Stato» consentirebbe, difatti, alle Regioni di acquisire maggior consapevolezza circa l'effettiva portata dei bisogni delle loro comunità²⁴. Così, alla luce delle cause di disuguaglianza territoriale e degli obiettivi del PNRR, il programma nazionale dovrebbe: contenere una definizione unitaria di malato e di cura; agevolare la creazione di un sistema di comunicazione tra i SSR, attraverso l'implementazione della telemedicina, per rafforzare il rapporto di fiducia tra i diversi operatori sanitari regionali e tra paziente e medico²⁵; individuare

²⁴R. BIN, *L'attuazione dell'autonomia differenziata*, Relazione al Convegno di Torino "A che punto è l'autonomia regionale differenziata", del 20 aprile 2017.

²⁵Tra gli obiettivi del PNRR è prevista un'ampia gamma di funzionalità lungo l'intero percorso di prevenzione e cura: tele-assistenza, tele-consulto, tele-monitoraggio e tele-refertazione. «Per ottenere i finanziamenti, tuttavia, i progetti dovranno innanzitutto potersi integrare con il Fascicolo Sanitario Elettronico, raggiungere target quantitativi di performance legati ai principali obiettivi della telemedicina e del Sistema Sanitario Nazionale, nonché garantire che il loro sviluppo si traduca in una effettiva armonizzazione dei servizi sanitari. Saranno infatti privilegiati progetti che insistono su più Regioni, fanno leva su esperienze di successo esistenti, e ambiscono a costruire vere e proprie "piattaforme di telemedicina" facilmente scalabili». L'importanza del ricorso alla telemedicina è già stata sperimentata da alcune Regioni; basti pensare che la Regione Veneto la prevede per i malati di sclerosi multipla (da qui in poi anche SM). La SM è una patologia eterogenea dal punto di vista clinico – con forme ad evoluzione relativamente poco aggressive – fino a forme particolarmente severe. La risposta ai trattamenti farmacologici, inoltre, non è attualmente omogenea: si osservano pazienti che non rispondono alle cure e pazienti che rispondono solo in parte o in maniera ottimale; ne consegue che la possibilità di stratificare i pazienti a seconda del grado di risposta al trattamento terapeutico, coloro che non presentano effetti collaterali ai farmaci e che rispondono in modo appropriato alla terapia possono essere monitorati con periodiche televisite alternate alle visite in presenza. I centri di Sclerosi multipla – difatti – spesso gestiscono pazienti provenienti da città, province e Regioni differenti da quelle in cui ha sede il Centro. Ciò detto, da alcuni studi condotti è emerso come i pazienti che percorrono più di 100 km o impiegano più di un'ora per recarsi presso il Presidio ospedaliero di riferimento aderiscono favorevolmente a modelli telematici di monitoraggio clinico e terapeutico, come le televisite e le telecooperazioni in alternativa alla visita in presenza, cfr. allegato A, DGR 383 del 30 marzo 2021, in *regioneveneto.it*. Altresì, si veda l'Allegato in materia di indicazioni per l'attivazione dei servizi sanitari erogabili a distanza (televisita), approvato con deliberazione n. 3529 del 5 agosto 2020 dalla Giunta regionale della Regione Lombardia, il cui scopo è di fornire agli Enti del Servizio Sanitario Regionale (SSR) indicazioni operative sui servizi di Televisita per l'effettuazione delle visite specialistiche ambulatoriali erogate a distanza, già attivati in fase di emergenza Covid-19 e nella prospettiva di una maggiore diffusione quali strumenti utili a favorire l'accessibilità dell'assistenza e la riduzione dei tempi di attesa in fase post-iperendemica. Dalla lettura del documento emerge che la Regione Lombardia subordina la Televisita se il paziente: presta il proprio consenso; è inserito in un percorso di follow-up da patologia nota; è inserito in un PDTA formalizzato in Azienda, o a livello regionale; necessita di monitoraggio, conferma, aggiustamento, o cambiamento della terapia in corso (es. rinnovo piano terapeutico o modifica dello stesso); necessita di valutazione anamnestica per la prescrizione di esami di diagnosi, o di stadiazione effettuati, cui può seguire la prescrizione di eventuali approfondimenti, o di una terapia, in *regionelombardia.it*.

misure di vigilanza affinché le Regioni adottino sistemi informativi in grado di monitorare i percorsi diagnostico-terapeutici e di ottimizzare la predisposizione di un piano terapeutico tempestivo e personalizzato ai pazienti; individuare i parametri per rimborsare le spese sanitarie sostenute dai cittadini che hanno fruito di trattamenti erogati da strutture sanitarie differenti da quelle operanti nella Regione di residenza; agevolare la mobilità sanitaria ogniqualvolta si riscontri l'esistenza di un rischio per il paziente e/o la sussistenza di *deficit* relativi alla qualità e sicurezza della prestazione nell'erogazione della prestazione di assistenza sanitaria.

Quanto poi alla realizzazione degli interventi operativi previsti dal PNRR provvedono le Amministrazioni centrali, le Regioni, le Province, autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, sulla base delle loro specifiche competenze istituzionali ovvero della differente titolarità degli interventi definiti dal PNRR, *ex art. 9 d.l. n. 77 del 2021*.

3.1. (Segue): L'esercizio del potere sostitutivo statale in ipotesi di inattuazione degli obiettivi del PNRR

L'art. 12, co. 1, del d.l. n. 77 del 2021, al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi del PNRR, disciplina *l'iter* da avviare in ipotesi di inottemperanza da parte delle Regioni degli obblighi e degli interventi finalizzati all'attuazione del PNRR.

Precisamente, la disposizione precitata dispone che il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente, assegna all'ente territoriale inadempiente un termine per provvedere non superiore a 30 giorni.

In ipotesi di inottemperanza, il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro competente, individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio competente ovvero nomina un commissario *ad acta*, per adottare gli atti o provvedimenti necessari ovvero provvedere all'esecuzione dei progetti.

In caso di dissenso, diniego o opposizione da parte della Regione, la Segreteria tecnica può proporre al Presidente del Consiglio dei ministri o al Ministro per gli affari regionali e le autonomie, entro i successivi 5 giorni, di sottoporre la questione alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome per concordare le iniziative da assumere, entro il termine di 15 giorni dalla data di convocazione della Conferenza, art. 13, co. 1, d.l. n. 77 del 2021.

Decorso tale termine, qualora non si sia raggiunta una soluzione condivisa ed idonea alla realizzazione dell'intervento, il Presidente del Consiglio dei ministri ovvero il Ministro per gli affari regionali propone al Consiglio dei ministri le iniziative necessarie per attuare il potere sostitutivo, *ex artt.* 117, co. 5, e 120, co. 2, Cost., *ex art.* 13 co. 2, d.l. n. 77 del 2021.

Soffermandoci sul potere sostitutivo, l'art. 117, co. 5, Cost. consente allo Stato di intervenire in ipotesi di inadempienza nell'attuazione e nella esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, qual è il PNRR, da parte delle Regioni.

Conseguentemente alla riforma del Titolo V della Cost., difatti, l'art. 117 Cost. - disegnando l'assetto delle competenze legislative tra Stato e Regioni - contiene anche una parte definita internazionalistica e comunitaria, art. 117, co. 1 e 5, Cost., preposta a disciplinare i rapporti tra i differenti livelli di enti territoriali e l'ordinamento comunitario²⁶. Considerata sotto questo profilo, quindi, tale disposizione costituzionale contribuisce a cogliere l'estrema rilevanza del rapporto tra Stato e Ue e le modalità mediante le quali tale rapporto opera e si sviluppa nel dinamismo della Repubblica.

Ponendo l'attenzione sull'art. 120 Cost, invece, va esercitato sulla base dei presupposti e della tutela esplicitamente indicati dalla Carta Costituzionale

²⁶Per ulteriori approfondimenti si v.: L. TORCHIA, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 6, p. 1204, A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Rivista AIC.*, pp. 4 ss.; M. CHITI, *Regioni e Unione europea dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: l'influenza della giurisprudenza costituzionale*, in C. BOTTERI (a cura di) *La riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione*, Rimini, 2003, pp. 258 ss.

(mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria, pericolo grave per l'incolumità pubblica, tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica, tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali).

Trattasi di un potere straordinario, che, improntato sulla valorizzazione dell'autonomia territoriali, può essere esercitato legittimamente solo per garantire le esigenze unitarie giuridiche e/o economiche della Repubblica o i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili²⁷. In altri termini, le previsioni *ex art. 120 Cost.* fanno «*sistema con le norme costituzionali di allocazione delle competenze, assicurando comunque, nelle ipotesi patologiche, un intervento di organi cen-*

²⁷In tema di potere sostitutivo la letteratura è sterminata si veda: C. MAINARDIS, *I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Le Regioni*, 2001, 6, p. 1369; Id, *Il nuovo regionalismo italiano ed i poteri sostitutivi statali: una riforma con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Le Regioni*, 2001, 6, pp. 1384 ss.; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, 6, p. 1229; G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2002, 5, pp. 737 ss.; M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della L. cost. n. 3 del 2001*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, 1, p. 20; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, p. 151; L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle Autonomie. Saggio critico sull'art. 120, comma 2, della Costituzione*, Torino, 2007, pp. 223 ss.; S. PAJNO, *La sostituzione tra gli enti territoriali nel sistema costituzionale italiano*, Due Ponti, Palermo, 2007; C. MAINARDIS, *Art. 120 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione della Repubblica Italiana*, (a cura di) R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2007, p. 2390. Quanto alla possibile configurazione di un potere sostitutivo amministrativo e legislativo statale, *ex art. 120, co. 2, Cost.*, una parte della dottrina ammette solo una sostituzione amministrativa, si rinvia a: C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali*, *cit.*, pp. 170 ss.; G.U. RESCIGNO, *Attuazione delle direttive comunitarie e potere sostitutivo dello Stato*, in *Le Regioni*, 2002, 4, pp. 735 ss.; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, pp. 150 ss.; G. MARCHETTI, *Le autonomie locali tra Stato e Regioni*, Milano, 2002, pp. 187 ss.; G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003*, in *Le Regioni*, 2004, 4, pp. 683 ss.; F. BIONDI, *I poteri sostitutivi*, in N. ZANON, A. CONCARO, *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, pp. 106 ss. Diversamente, ammettono il potere sostitutivo c.d. legislativo: E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2003, pp. 239 ss.; C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, 5, pp. 194 ss.; F. GIUFFRÈ, *Note minime sui poteri sostitutivi e unità della Repubblica alla luce della recente legge n. 131 del 2003 (cd. Legge "La Loggia")*, in *forumcostituzionale.it*; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, 6, pp. 1229 ss.; A. PAPA, *Art. 8. Attuazione dell'art. 120 della Costituzione sul potere sostitutivo*, in AAVV, *Il nuovo ordinamento della Repubblica*, Milano, 2003, pp. 542 ss.; G. FONTANA, *I poteri sostitutivi delle Regioni tra inevitabili forzature ed evitabili incoerenze* in *Giur. Cost.*, 2004, 1, pp. 609 ss.; S. PAJNO, *I poteri sostitutivi nei confronti degli enti territoriali, in Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*. Parte generale, (a cura di) G. CORSO, V. LOPILATO, Milano, 2006, pp. 430 ss.

trali a tutela di interessi unitari, e pongono lo Stato quale garante di ultima istanza della tenuta del sistema costituzionale rispetto a taluni interessi essenziali»²⁸. Proprio in queste due coordinate trova collocazione il precipuo ruolo dello Stato chiamato ad assumersi la responsabilità di risolvere la crisi dissipativa delle strutture sanitarie delle Regioni per perseguire gli obiettivi del PNRR; in particolare, esso si sostanzia nella garanzia di un equilibrio tra il diritto alla salute e il principio di responsabilità di autonomia finanziaria delle Regioni per impedire: il cronicizzarsi di una crisi lesiva dell'unità della Repubblica, art. 5 Cost.; il rischio di compromissione della garanzia dei Livelli essenziali di assistenza nei confronti dei cittadini regionali; la discriminazione degli stessi in contrasto con il principio di eguaglianza e il *vulnus* al principio di equilibrio di bilancio; infine, l'adozione di tutte le misure necessarie per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e per assicurare un utilizzo dei fondi conforme alle misure dell'Unione²⁹. A queste più generali considerazioni se ne accompagna una più puntuale riguardante la natura amministrativa o legislativa del potere sostitutivo statale. Sul punto, parte della dottrina ritiene che la previsione di poteri sostitutivi statali di natura legislativa colliderebbe con il carattere squisitamente discrezionale e politico dell'autonomia legislativa regionale nella materia in esame.

Ed invero tale ultima obiezione potrebbe essere superata poiché il costante orientamento della giurisprudenza costituzionale afferma che i poteri so-

²⁸Corte Cost., sentt. nn. 22 del 2014 e 43 del 2004.

²⁹In tema di potere sostitutivo c.d. amministrativo, ex art. 120, co. 2, Cost., si rinvia a: Corte Cost. sentt. nn. 217 del 2020; 56 del 2018; 14 del 2017; 227 del 2015 con cui la Corte Cost. ha affermato: l'art. 120, co. 2, Cost. consente l'esercizio del potere sostitutivo straordinario del Governo, al fine di assicurare contemporaneamente l'unità economica della Repubblica e i livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto fondamentale alla salute, ex art. 32 Cost. A tal fine il Governo può nominare un commissario "ad acta", «le cui funzioni (...) devono rimanere al riparo da ogni interferenza degli organi regionali (...), pena la violazione dell'art. 120, co. 2, Cost.». Ciò detto, sono illegittime costituzionalmente le leggi regionali approvate in contrasto diretto con i poteri del commissario incaricato di attuare il piano di rientro. In tal senso, v. anche: Corte Cost., sent. n. 228 del 2013; Corte Cost., sent. n. 131 del 2012; Corte Cost., sent. n. 78 del 2011. In dottrina per ulteriori approfondimenti alla sentenza della Corte costituzionale n. 2 del 2010 si veda: E. GIGLIO, *Il legislatore "dimezzato": i Consigli regionali tra vincoli interni di attuazione dei piani di rientro dai disavanzi sanitari ed interventi sostitutivi governativi*, REG, 2012, 3, p. 455; R. DICKMANN, *Poteri sostitutivi, avocazione in sussidiarietà e di ordinanza. Una lettura di sistema, in federalismi.it.*, 2012, 19; Id., *Il commissario ad acta può esercitare il potere sostitutivo in via normativa?*, in *federalismi.it.*

stitutivi devono: essere esercitati nel rispetto dei presupposti sostanziali e procedurali previsti dal legislatore; essere attivati solo in caso di accertata inerzia della Regione; «*riguardare solo atti o attività privi di discrezionalità nell'an, da adottare obbligatoriamente a tutela degli interessi unitari; essere affidati ad organi del Governo; rispettare il principio di leale collaborazione all'interno di un procedimento in cui l'ente regionale sostituito possa far valere le proprie ragioni*»³⁰. L'indirizzo della giurisprudenza costituzionale quindi non esclude aprioristicamente l'intervento sostitutivo dello Stato, piuttosto lo subordina alla sussistenza di alcuni presupposti.

E tale scelta sarebbe ragionevole in una materia, qual è il diritto alla salute, in cui l'intreccio tra profili costituzionali e organizzativi comporta che la funzione sanitaria pubblica venga esercitata su due livelli di governo: quello statale in cui si definiscono le prestazioni fornite dal SSN ai cittadini – ossia i LEA – e l'ammontare complessivo delle risorse economiche necessarie al loro finanziamento; quello regionale a cui è riservato il compito di organizzare il servizio sanitario e assicurare le prestazioni di assistenza conformemente alle esigenze territoriali. La presenza di un sistema di *multilevel governance* dunque rende indispensabile la definizione di un sistema di regole per disciplinare i rapporti di collaborazione tra i differenti enti territoriali e legittimare il potere sostitutivo statale, per la creazione di un sistema sanitario in cui al centro vi è la personalità umana, non solo nella sua individualità ma anche nell'organizzazione amministrativa della comunità di appartenenza.

Da quanto sopra, dunque, l'esercizio del potere sostitutivo non si potrebbe basare sulla mera constatazione circa l'inerzia o l'inadempienza della Regione sostituita, ma – come espressamente previsto nel PNRR – dovrebbe essere improntato su meccanismi collaborativi (i.e. diffida ad adempiere, audizione dell'ente interessante in ordine alle motivazioni che lo hanno indotto ad adottare delle scelte differenti rispetto a quelle statali...) ³¹. Altresì, la natura legislativa

³⁰Corte Cost. sent. n. 171 del 2015 che richiama le sentt. nn. 172 e 173 del 2004.

³¹Il coinvolgimento dell'ente regionale inadempiente rileva anche in ipotesi di potere sostitutivo amministrativo, si v. Corte Cost. 50 del 2021: «(...) *Ne può sostenersi che la partecipazione del Presidente della Regione alla sottoscrizione del Protocollo d'intesa "sanitaria" si risolva in un aspetto mera-*

del potere in esame si coglierebbe dalla lettura incrociata tra il comma 5 dell'art. 12 d.l. n. 77 del 2021, l'art. 120 Cost., e art. 8 della l. n. 131 del 2003, laddove al comma 1 consente al Governo di adottare atti di natura regolamentare e legislativa.

Per una natura meramente amministrativa del potere sostitutivo, invece, farebbe propendere quanto disposto dall'art. 12, co. 5, del d.l. in esame in cui si statuisce: *«l'amministrazione, l'ente, l'organo, l'ufficio individuati i commissari ad acta nominati (...) provvedono all'adozione dei relativi atti mediante ordinanza motivata, da comunicare all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione di cui all'art. 5»* d.l. n. 77 del 2021, in deroga ad ogni disposizione normativa, diversa da quella, purché nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e del d.lgs. n. 159 del 2011. Nel caso in cui l'ordinanza riguardi la legislazione regionale in materia sanitaria, può essere adottata previa autorizzazione della Cabina di regia, istituita presso la Presidenza del consiglio dei ministri. La *ratio legislatoris* di subordinare l'adozione della suddetta ordinanza all'autorizzazione della Cabina potrebbe essere correlata ai seguenti profili. Anzitutto, ai poteri di indirizzo, impulso e coordinamento riconosciuti alla Cabina per l'attuazione degli interventi del PNRR nonché alle funzioni riservate alla medesima quali: l'elaborazione di indirizzi e linee guida per l'attuazione degli interventi del PNRR, anche con riferimento ai rapporti con i diversi livelli territoriali; *«la ricognizione periodica e puntuale da effettuare sullo stato di attuazione degli interventi (...); la promozione del coordinamento tra i diversi livelli di governo e, ove ne ricorrano le condizioni, l'attivazione dei poteri sostitutivi di cui all'art. 12»*, ex art. 2, co. 2, d.l. n. 77 del 2021. Ed ancora, da un'attenta lettura del comma 3 della norma in esame la Cabina di regia si qualifica come sede di raccordo tra gli interessi di cui sono portatori gli enti territoriali, in particolar modo i Presidenti delle Regioni, quando sono esaminate questioni di competenza di una singola Regione, ovvero il Presidente della

mente formale. Al contrario, tale partecipazione assume carattere sostanziale, nella misura in cui l'organo regionale concorre alla definizione dei contenuti del protocollo, nonostante il commissariamento gli impedisca l'esercizio dei poteri attribuiti in via ordinaria».

Conferenza delle Regioni (...), quando sono esaminate questioni che riguardano più Regioni.

Il legislatore – quindi – ha ideato un'opera di coordinamento e di raccordo tra i differenti livelli di enti territoriali, stante l'esigenza pressante di pervenire in tempi rapidi all'attuazione degli obiettivi del PNRR.

Tale processo ha costretto il Governo – negoziatore e garante a livello europeo dell'attuazione del PNRR – a conseguire una regia ed un coordinamento della finanza pubblica assai più stringente capace di centrare e garantire un nuovo assetto dell'organizzazione del SSN e della tutela dei diritti fondamentali. È certo, quindi, che con l'istituzione della Cabina di regia il Governo è divenuto il fulcro di un sistema multilivello in cui lo Stato negozia continuamente vincoli e obiettivi con l'Ue, da un lato, e con gli enti territoriali, dall'altro, nel rispetto delle specifiche esigenze territoriali di ognuno.

Allo stesso tempo, però, nonostante tale procedimento sia improntato al rispetto delle competenze delle differenti istituzioni, al principio di leale collaborazione, art. 114 Cost., al presidio dell'unità *ex* art. 5 Cost., la complessità del medesimo induce a vagliare la possibilità per il Governo di avviare la c.d. procedura d'urgenza *ex* art. 8 della l. n. 131 del 2003.

Sul punto se l'assenza di un'espressa previsione nel d.l. n. 77 del 2021 escluderebbe il ricorso a tale *iter*, un'interpretazione estensiva dell'art. 120 Cost., come richiamato dall'art. 12, co. 5, d.l. n. 77 del 2021, invece, farebbe propendere per l'operatività dell'art. 8 della l. n. 131 del 2003, ove compatibile, anche in tema di PNRR.

Da ciò in ipotesi di assoluta urgenza, qualora il potere sostitutivo non sia procrastinabile senza mettere in pericolo le finalità sottese all'art. 120 Cost. e gli obiettivi del PNRR, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente, anche su iniziativa delle Regioni adotta i provvedimenti necessari da comunicare immediatamente alla Conferenza Stato-Regioni.

Senonché, tale scenario sembrerebbe consentire all'ordinanza, atto amministrativo, di derogare le fonti normative statali o regionali, in contrasto con l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale che esclude forza di legge ai provvedimenti commissariali a presidio del potere legislativo del Consiglio regionale³². Secondo la Corte Costituzionale, in sede di esercizio del potere sostitutivo, quindi, il Commissario potrebbe adottare solo le ordinanze – manifestazione dell'esercizio del potere amministrativo – necessarie al conseguimento degli obiettivi della Missione 6, purché entro i limiti stabiliti dal legislatore nazionale e/o regionale.

In senso contrario il comma 5 dell'art. 12 d.l. n. 77 del 2021 modificerebbe l'ordine delle attribuzioni e genererebbe una categoria di atti legislativi adottati da organi non titolari di funzioni legislative.

Inoltre, il ricorso generalizzato al commissariamento provocherebbe una «reazione di resistenza ed ostilità da parte degli apparati già esistenti, che si vedrebbero esautorati. (...)»³³. «Sarà giocoforza, allora», come osservato in dottrina, «ridisegnare l'ammini-

³²Corte Cost., n. 361 del 2010. Per un ulteriore approfondimento in tema di sistema delle fonti e modello legislativo durante la situazione emergenziale Covid-19 si cfr.: B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it.*; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *dirittiregionali.it.*, 2020, 1, pp. 368 ss.; A. MORELLI, *Il Re del piccolo principe ai tempi del coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *dirittiregionali.it.*, 1, 2020; R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *dirittiregionali.it.*; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 2, 2020, 5-6; G. STEGHER, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: Governo e Parlamento al banco di prova del Covid-19*, in *Nomos*, 2020, 1; F. PETRINI, *Emergenza epidemologica, Covid-19, decretazione d'urgenza e costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, 2020, 1; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it.*, V. FANTI, *Al tempo dell'emergenza non si può tornare all'autoritarismo di Oreste Rannelletti*, in *dirittifondamentali.it.*, l'A. afferma: «oggi ogni restrizione delle libertà fondamentali deve essere giustificata, deve rispettare i valori della proporzionalità e della ragionevolezza, deve essere oggetto di controlli da parte di giudici realmente indipendenti. Senza dimenticare, peraltro, che un conto è l'emergenza ed un conto l'eccezione: l'emergenza rappresenta la temporanea sospensione delle regole all'interno dell'ordine giuridico costituito, l'eccezione è la rottura di questo ordine e la possibile nascita di un ordine sostanzialmente nuovo. Nella situazione attuale, è evidente che ci si trovi all'interno di un'emergenza che impone strumenti e metodi particolari. Strumenti e metodi che, tuttavia, rientrano nel quadro ordinamentale precedente, in grado di giustificarli, di governarli, di farli cessare alla fine dell'emergenza stessa».

³³L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo e il Fondo di ripresa e resilienza*, in *irpau.*, p. 6.

strazione per gestire le risorse» del PNRR e tentare di costruire nuove regole e nuovi strumenti per la realizzazione del piano³⁴.

4. Ripensando l'organizzazione amministrativa sanitaria come funzione dell'ordinamento, custode della sovranità popolare

Delineato il ruolo centrale che dovrebbe impersonare lo Stato, la conseguenza necessaria è la valorizzazione ed il cambiamento dell'organizzazione della Pa., attraverso un'attenta lettura dei principi della Carta costituzionale. Da ciò ne discende che, fermo il ruolo della politica, solo un valido sistema delle fonti e una programmazione nazionale e regionale, conforme ai risultati attesi dalla collettività, accordano un'attuazione dei valori costituzionali *ex artt. 2, 32, 117, co. 1 e 3, Cost.*

La programmazione e la contestuale proceduralizzazione dell'adozione delle decisioni normative da parte dello Stato rappresentano dunque – come affermato da Santi Romano – una risposta alla crisi della *«legge come momento di razionalità oggettiva»³⁵*. L'attuazione dei diritti riconosciuti dalla Carta costituzionale implica una doverosità normativa e organizzativa, la quale, se da un lato, si sostanzia nella determinazione di politiche e nella programmazione dell'attività amministrativa; dall'altro, rappresenta un parametro di controllo per la Cabina di regia, escludendo qualsiasi scelta arbitraria da parte degli enti regionali e consegnando nuovamente la sovranità ai cittadini.

Il valore della persona, quindi, assume carattere centrale e circoscrive *l'agere* pubblico sia per espressa previsione della Carta costituzionale, *ex artt. 2 e 3 Cost.*, sia nella dimensione sovranazionale, proiettata verso una sovranità europea.

Pertanto, se 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 medesimo dovrebbe collocarsi in un

³⁴L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo e il Fondo di ripresa e resilienza*, cit., p. 6.

³⁵S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Scritti minori*, vol. I, Milano.

processo di ottimizzazione funzionale al massimo godimento del diritto alla salute, del benessere della collettività, nel rispetto delle risorse disponibili e della realtà sociale di riferimento in cui opera la struttura sanitaria.

Il Servizio sanitario nazionale, dunque, dovrebbe essere organizzato temperando l'elevato livello di protezione della salute umana con i condizionamenti derivanti dalle risorse finanziarie di cui lo Stato dispone; in particolare, le prestazioni richieste dovrebbero: presentare evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo; rispettare il principio di appropriatezza, ossia la corrispondenza tra la patologia ed il trattamento sanitario, tale da conseguire il miglior risultato terapeutico con la minore incidenza sulla qualità della vita del paziente; essere determinate nel rispetto dell'economicità nell'impiego delle risorse, che richiede di valutare la presenza di altre forme di assistenza, meno costose, ma ugualmente efficaci.

Tale ultima affermazione consentirebbe di riqualificare l'amministrazione come c.d. apparato servente (c.d. *longa manus*) dello Stato, garante dei diritti fondamentali costituzionalmente previsti, poiché ciò che conta è «*il fatto che l'organizzazione si adatti, nel suo modo di essere e nelle sue articolazioni, ai principi della sovranità popolare*»; quella sovranità popolare che postula «*l'obiettivizzazione delle sue manifestazioni che debbono essere essenzialmente giuridiche e (...) organizzatorie*»³⁶. Il popo-

³⁶G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 75. M. NIGRO, *La pubblica amministrazione*, p. 389: «sarebbero rintracciabili tre modelli o, se si preferisce, (...) uno che costa di tre parti disomogenee»; in particolar modo vi è il modello: «come apparato servente del governo»; «come apparato a sé» o «autocefalo»; «autonomistica e comunitaria». G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione*, p. 15, l'A. afferma che non si tratta di «parti disomogenee» di un unico modello, non riconducibili ad unità, ma giustapposte in una duplice dialettica «dipendenza politica-autocefalia» e «accentramento-decentramento»; M. C. CAVALLARO, *Il rapporto tra politica e amministrazione*, in *Nuove autonomie*, 2012, pp. 2 ss., la quale afferma: «la gestione della cosa pubblica può essere realizzata secondo due diverse modalità: o la stessa è rimessa integralmente nelle mani del vertice politico, che risponde in Parlamento dell'attività svolta dagli organi ad esso sottoposto; ovvero l'organo politico impartisce le direttive e programma l'attività complessiva di un dato apparato, la cui gestione concreta è rimessa agli organi di vertice amministrativo, ossia alla dirigenza. La nostra Costituzione ammette entrambe le ipotesi. L'art. 95 Cost. fissa il principio della responsabilità ministeriale, tale per cui il Ministro risponde in Parlamento degli atti del proprio dicastero. Il successivo art. 97 comma 1 assicura il principio di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione e, tradizionalmente, si è ritenuto che fosse proprio la garanzia di un'amministrazione imparziale a porsi in netta antitesi con il principio di responsabilità ministeriale: l'imparzialità della pubblica amministrazione potrebbe essere inquinata dall'ingerenza della classe politica nella gestione della cosa pubblica». Viceversa, il principio della distinzione tra politica e amministrazione-

lo, dunque, «*esprimendo la propria fondamentale realtà giuridica nell'ordinamento statale, obbliga per così dire, secondo determinati moduli di composizione, la produzione giuridica e la formazione dei centri di potere in cui la produzione stessa si articola: il momento organizzativo diviene perciò preminente rispetto a quello puramente normativo*»³⁷. E così, se si dovesse classificare il ruolo dello Stato nel futuro contesto sanitario si potrebbe ricorrere all'espressione «*Stato dell'organizzazione*», sede di attività normativa, di coordinamento di centro di organizzazione, e di sovranità popolare, *ex art. 2 Cost.*

In altri termini, la tematica del diritto alla salute e degli obiettivi europei del PNRR – indirizzati alla creazione di un'interconnessione tra le strutture sanitarie regionali per la creazione di un Sistema unitario nazionale ed europeo – disegnano un'organizzazione amministrativa come c.d. funzione dell'ordinamento.

L'elemento centrale è rappresentato dall'idea che si può parlare di democrazia sostanziale, e non solo formale, solo in presenza di un sistema di interazione in cui i cittadini – custodi della sovranità popolare – partecipano ai processi delle scelte pubbliche, indispensabili per il conseguimento di esiti sociali efficienti e rispettosi delle prescrizioni costituzionali. Tale dialettica, se da un lato condiziona la scelta delle somme del bilancio da destinare alle singole prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale; dall'altro, implica una revisione dell'organizzazione amministrativa.

Soffermandoci sul primo aspetto, partendo dall'assunto secondo cui la componente essenziale del diritto alla salute si individua nella sovranità e nella necessità di sottrarre i diritti fondamentali dalla discrezionalità e scelta politica, a presidio del pieno soddisfacimento di tali diritti e della forma di democrazia, le istituzioni rappresentative non hanno alcun margine di discrezionalità circa la composizione di tale diritto, ma solo il dovere di garantire un'organizzazione

ne contribuisce «*a dare una sostanza nuova al principio della imparzialità delle pubbliche amministrazioni*».

³⁷G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 75.

delle strutture sanitarie improntata sull'efficienza, efficacia a presidio del benessere psico-fisico del cittadino.

Il che determina uno scenario finanziario chiaro: il Parlamento individua, secondo il suo indirizzo politico, le somme del bilancio statale, previa determinazione dei livelli essenziali concernenti le prestazioni dei diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale.

Quanto, invece, alla necessaria revisione organica amministrativa in tale sede si affronta il problema del rapporto tra la competenza esclusiva regionale in tema di organizzazione amministrativa sanitaria e le competenze legislative riservate allo Stato.

Al riguardo, possiamo affermare che ogniqualvolta sia necessaria una revisione di natura organica le esigenze unitarie sottese a tale intervento normativo consentono di ascrivere l'ambito dell'organizzazione amministrativa sanitaria alla materia della tutela della salute, *ex art. 117, co. 3, Cost.*, e di escludere «che il legislatore regionale (...) utilizzi la potestà legislativa allo scopo di rendere inapplicabile nel proprio territorio una legge dello Stato che ritenga (...) dannosa o inopportuna»³⁸. In tal contesto, dunque, sorge in capo all'organizzazione amministrativa il dovere di individuare un punto di equilibrio tra la *ratio* sottesa alla disciplina normativa e le esigenze concrete dell'amministrazione, che, preposta a garantire il benessere psico-fisico di ciascun cittadino, è tenuta ad indirizzare le sue decisioni in conformità alla *voluntas legislatoris*³⁹.

³⁸Corte Cost., sent. n. 37 del 2021. In tal senso, si veda anche: R. BIN, *Caro Orlando, il vero problema della sanità è al centro, non in periferia*, in *laCostituzione.info*, 3 aprile 2020.

³⁹Da questa ultima considerazione si coglie la separazione tra politica e amministrazione, se si assegna alla politica il compito di approvare la legge e gli atti di programmazione in tema di diritto sanitario, gli organi amministrativi sono indipendenti, seppur tenuti ad agire in conformità alla legge. Sul punto è fondamentale richiamare E. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, in questa *Rivista*, 2019, 1, p. 129, l'A afferma: sul versante dell'ordinamento positivo «vi è 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».

Di qui, discende – secondo Berti – il *discrimen* «tra il livello normativo come espressione più alta e conclusiva di tale sovranità ed il livello delle istituzioni create in funzione di esigenze della collettività parziali o settoriali»⁴⁰.

5. La centralità della legge come “scrigno” dei principi di organizzazione amministrativa sanitaria

L'organizzazione amministrativa sanitaria potrebbe essere sede della sovranità solo in presenza di un intervento normativo puntuale che garantisca una decisione amministrativa conforme al principio di ragionevolezza, di proporzionalità e alle esigenze del paziente⁴¹. Tuttavia, nonostante nel diritto positivo non si riscontrino doveri costituzionali «orfani di obblighi legali che li determinino», in dottrina si è affermato che «nell'esercizio del potere sovrano il popolo legittima le istituzioni repubblicane (...)» ma «trattiene all'esterno di esse una porzione della sovranità (costituente) (...)», arginandola in parte nell'ordine dei diritti inviolabili. Pertanto, non «sembra arbitrario concludere che l'intero sistema dei poteri pubblici è funzionale alla massimizzazione del godimento di quei diritti della persona»⁴².

⁴⁰G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 378, Ed ancora l'A. afferma: «mentre sotto un profilo statico, tali interessi particolari si distinguono fino al punto di contrapporsi rispetto all'interesse massimo, la dinamica giuridica propone un punto di equilibrio e di confluenza anche di tali interessi distinti o contrapposti, giacché proprio attraverso la dinamica si può raggiungere la conclusione che non vi è interesse particolare che possa giuridicamente venir soddisfatto senza che venga altresì soddisfatto l'interesse complessivo (...)», G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 386.

⁴¹Sul principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa, si veda: G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. GUARINO*, vol. III, Padova, 1998; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 7, pp. 437-451; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 371 ss.

⁴²L.R. PERFETTI, *Pretese procedimentali, come diritti fondamentali. Oltre la Contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, pp. 850 ss.; ID, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, pp. 101, 113, 118, e 119; ID., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in questa *Rivista*, 2017, 1, pp. 3 ss.. Per una interessante ricostruzione in tema di interposizione legislativa positiva e negativa si veda: M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in questa *Rivista*, p. 585, l'A. afferma: «se 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 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».

Queste considerazioni, ad avviso di chi scrive, se da un lato individuerebbero il proprio fondamento nella crisi della rappresentanza politico-parlamentare, nell'inadeguatezza della democrazia rappresentativa a fornire risposte efficaci alle diverse e complesse istanze della collettività, anche a causa di alcuni eventi storici (i.e. la crisi economica; i flussi emigratori; il processo di integrazione europea), dall'altro, non dovrebbero consentire di disancorare l'esercizio del potere pubblico dalla legge per le considerazioni di seguito esposte.

In primo luogo, *«la rinuncia all'interpositio legislatoris per la declinazione del pubblico potere, dei relativi modi di esercizio e delle finalità che esso deve perseguire (...) 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»*⁴³.

A corroborare ulteriormente tale idea si richiamano i principi elaborati nel corso dell'esperienza formativa del diritto amministrativo. Tali criteri sono stati ideati sul modello di organizzazione amministrativa dello Stato democratico in cui la p.a. opera al servizio della collettività, nel rispetto di due requisiti: il primo implica il dovere di rispettare la legge – ossia il *corpus* normativo composto dalla legge formale e da tutte le disposizioni vigenti, a prescindere dalla loro fonte.

Il secondo requisito è frutto, come noto, dell'elaborazione giurisprudenziale amministrativa. Non è sufficiente difatti il rispetto delle disposizioni normative per assicurare un'azione amministrativa legittima. Occorre che le scelte in concreto adottate dalla P.a. siano preposte alla cura degli interessi specificamente attribuiti alla medesima. Tali interessi coinvolti implicano una mediazione, secondo i criteri di ragionevolezza, senza pregiudicare ingiustificatamente

⁴³M. C. CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e dei diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*, in questa *Rivista*, p. 424.

un interesse in luogo del soddisfacimento di un altro, previa adeguata conoscenza della situazione di fatto in ordine alla quale gli interessi debbono essere acquisiti ed attentamente valutati.

Sul punto il Consiglio di Stato ha affermato: poiché l'interesse pubblico non è già soggettivizzato in capo all'amministrazione, «*si reputa indispensabile la partecipazione del privato, con l'interesse di cui è portatore, alla concreta determinazione dell'assetto di interessi a cui il perseguimento del fine pubblico risulta rivolto: in tal modo partendo dall'interesse pubblico "astratto" si perviene all'individuazione dell'interesse pubblico concreto che viene determinato in esito all'attività amministrativa concretamente posta in essere*»⁴⁴. Ma l'agere amministrativo è retto anche dai principi europei, ex art. 1 l. n. 241 del 1990: il primo di precauzione configura in capo alla P.a. il compito di adottare i provvedimenti necessari al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali valori sugli altri interessi concorrenti, ex art. 191, paragrafo 2, TFUE.; il secondo c.d. di proporzionalità si articola su tre livelli di giudizio: idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, in maniera tale che il provvedimento adottato dai pubblici poteri non gravi in maniera eccessiva sull'interessato: è indispensabile, difatti, che ciascuno dei principi costituzionali coinvolti - diritto alla salute ed esigenze finanziarie - sia reso compatibile con quelli con i quali deve coesistere⁴⁵.

Questi criteri di azione individuano il loro fondamento costituzionale nel principio di imparzialità, art. 97 Cost., in quanto il potere pubblico non può che essere ragionevole, non arbitrario, indirizzato a soddisfare le esigenze della collettività. Il principio di imparzialità accompagna quello del buon andamento nella sua triplice declinazione di principio di economicità, relativo ai risultati

⁴⁴Cons. giust. amm., sez. giurisd., sent. n. 1173 del 2020.

⁴⁵Sul principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, per ulteriori approfondimenti si rinvia a: A. SANDULLI, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998; M. A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in Direzione di Diritto Pubblico, (a cura di) S. CASSESE, Milano, 2006, Vol. V, p.4643; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. A. SANDULLI, (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Collana «Le fonti del Diritto Italiano», Milano, 2010, pp. 110 ss.; ID: *Principio di proporzionalità sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 389 ss.

dell'azione amministrativa, alla sana gestione finanziaria grazie al rispetto dei vincoli di bilancio, di efficacia e di efficienza.

I principi dell'azione amministrativa dovrebbero coincidere con i principi dell'etica pubblica, ossia con quel problema di politica legislativa finalizzato – in uno Stato democratico in cui il cittadino è coinvolto non solo nella partecipazione alla vita politica ma anche nell'attività amministrativa – ad individuare strumenti per rimediare alla c.d. *maladministration* e garantire un'attività concreta al servizio della collettività⁴⁶.

E il problema dell'etica pubblica richiama anche il rapporto tra amministrazione e politica, le quali seppur strutturalmente differenziate sono unite da un indissolubile legame⁴⁷. La politica è attività che si concretizza in organizzazioni, quali i partiti, rappresentanti delle esigenze di una parte della collettività e le azioni di governo sono programmi condivisi da una parte della collettività e criticati da altra. La p.a., invece, orienta il proprio operato nel rispetto del prin-

⁴⁶Sul concetto di *maladministration* si v.: S. CASSESE, *Maladministration e rimedi*, in *Il Foro italiano*, 1996, 6, pp. 243 ss. In tema di etica pubblica si rinvia a: S. CASSESE, *L'etica pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 10, pp. 1097 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007; G. SIRIANNI, *Etica della politica, rappresentanza, interessi: alla ricerca di nuovi istituti*, Napoli, 2008; S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, cit.; F. MERUSI, *Introduzione ai possibili antidoti alla cattiva amministrazione. A che cosa possono servire le riforme amministrative*, in AA. VV., *Annuario AIPDA 2016. Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, cit., paragr. 1, l'A. afferma: «la fiducia dei cittadini nei loro governanti è progressivamente diminuita in tutta l'Europa (...). Dovunque vengono adottati gli stessi motivi: corruzione diffusa e cattiva amministrazione. Dove per corruzione non si intendono solo i reati previsti dai codici penali, riconducibili alla allocazione di corruzione anche allargata, ma, più genericamente, qualunque forma di attività amministrativa che non soddisfa le attese dei cittadini». Per un approfondimento generale sul tema della corruzione, invece, si rinvia a: M. CLARICH, B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B. G. MATTARELLA, M. PELLISERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, pp. 61 ss.; B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, pp. 123 ss.; M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017; M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione. Rimedi preventivi e repressivi*, Roma, 2017; A. BARONE, *La prevenzione della corruzione "nella governance" del territorio*, in *Diritto dell'economia*, 2018, 97, pp. 571 ss.

⁴⁷Per ulteriori approfondimenti in tema di politica e amministrazione si rinvia a: F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, in questa *Rivista*, cit., pp. 109 ss. In tema di etica pubblica si veda: F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009; V. , *Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative*, in *Etica pubblica e buona amministrazione*, (a cura di) L. Vandelli, Milano, 2015, pp. 35 ss.

cipio di imparzialità, ossia soddisfacendo le esigenze della collettività senza preferenza per alcun cittadino.

Tuttavia, nonostante gli orientamenti consolidati in dottrina optino per la separazione e la distinzione tra la sfera politica e amministrativa – in uno Stato in cui il principio democratico si articola in un accentuato pluralismo istituzionale – non può mai mancare un collegamento tra le medesime.

Proprio tale collegamento, difatti, costituisce fonte di responsabilità per gli organi politici e si traduce nella formula della direzione politica dell'amministrazione: mentre la politica svolge un'attività di programmazione dell'indirizzo e del controllo, alla P.a. è rimessa la gestione amministrativa, ossia l'adozione del provvedimento amministrativo volto a soddisfare le istanze della collettività.

Le conseguenze giuridiche prodotte sarebbero chiare: le linee di programmazione racchiuse in disposizioni normative legano l'azione degli organi politici e ne limitano l'influenza sulle scelte della P.a.; si definiscono i confini *dell'agere* amministrativo e si garantisce un effettivo diritto di difesa al cittadino che intende agire avverso l'inadempimento o provvedimento di diniego della P.a.

In secondo luogo, tale tesi segnerebbe il passaggio «*dalla logica delle fonti a quello dei principi*», i quali esprimono una forza «*prospettica, evolutiva, suscettibile di arricchimenti e implementazione*»⁴⁸.

Infine, ad avviso di chi scrive, si configurerebbe una trasposizione di poteri dall'organo legislativo democratico a organi non rappresentativi, quale quello giurisdizionale; ciò se da un lato potrebbe trovare la sua *ratio* giustificatrice nell'idea che il principio maggioritario – strettamente connesso con la rappresentanza e la conseguente responsabilità politica – è solo uno dei principi che caratterizzano il sistema democratico. Dall'altro, l'idea che il popolo possa

⁴⁸M. C. CAVALLARO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e dei diritti inviolabili della persona: appunti sul saggio di Massimo Monteduro*, cit., p. 422; N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 5.

esercitare la sovranità in differenti modalità si confronta con la problematica discrezionalità-creatività-politicità dell'attività giurisdizionale.

6. Funzione integrativa del giudice? I percorsi condotti dal giudice e dal legislatore nella realizzazione del diritto alla salute.

Nel corso degli anni, la debolezza politica e l'incapacità di soddisfare le richieste dei cittadini hanno qualificato il giudice come attore politico "garante del *deficit* democratico" e stimolato riflessioni circa il ruolo assolto dal medesimo e dal legislatore a tutela dei diritti fondamentali.

A tal proposito, si rammenta che nel sistema italiano si può adire il giudice sia per ottenere il riconoscimento di un diritto sia per rafforzare la sua tutela: attraverso la proposizione del ricorso al giudice, difatti, si dà voce ad una pretesa o espansione del diritto individuale. Spetta al giudice valutare la fondatezza della pretesa del ricorrente, attraverso l'interpretazione dei principi costituzionali e delle fonti normative, sfruttando ogni considerazione utile a sostenere la sua decisione. Diversamente, il legislatore deve prefigurarsi tutti gli interessi che possono essere incisi dal riconoscimento legislativo di un determinato diritto e provvedere a regolarne la tutela.

Il legislatore e il giudice, dunque, percorrono vie parallele e differenti nella realizzazione dei diritti fondamentali: per il primo tale esito si ricollega all'obiettivo politico-istituzionale, perseguito attraverso l'approvazione di un disegno di legge; per il giudice, invece, la tutela dei diritti fondamentali costituisce il fulcro centrale dell'argomentazione giuridico-sostanziale posta a fondamento della decisione del caso concreto.

Ciò detto, in assenza di una *interpositio legislatoris* siamo davvero sicuri di garantire un pieno ed effettivo diritto di difesa al cittadino? Quali sono i parametri entro cui si circoscrive il sindacato giurisdizionale? Quali le ripercussioni per la decisione cui è tenuto il giudice? L'art. 24 Cost. riconosce indubbiamente il diritto di adire l'organo giurisdizionale competente a tutti i cittadini; ma tale diritto non si esaurisce attraverso il mero ricorso al giudice, quanto piuttosto

nel complesso delle attività di natura processuale volte a garantire ad ogni situazione giuridica la più idonea forma di tutela giurisdizionale.

Di qui per la piena attuazione del contenuto precettivo costituzionale *ex art. 24 Cost.* non è sufficiente la mera configurabilità in capo ai cittadini della legittimazione ad agire verso l'amministrazione inadempiente, ma è necessaria la concreta e seria possibilità di ottenere dal giudice competente un'adeguata tutela, secondo i parametri circoscritti dalla legge. È proprio dalla legge, difatti, che trae fondamento il compito dei giudici di assicurare la tutela dei diritti dei cittadini nonché la possibilità di sollevare questioni di legittimità innanzi alla Corte Costituzionale.

Quanto poi alla tematica del sindacato giurisdizionale, in assenza di una disposizione normativa puntuale per definire i confini *dell'agere* amministrativo (*i.e.an*, sul *quid* e sul *quomodo*), il giudice amministrativo potrà svolgere un sindacato c.d. debole, ritenendo illegittimo il provvedimento solo se irragionevole, sproporzionato e illogico, con contestuale compromissione dell'effettiva tutela giurisdizionale del diritto alla salute. Il sindacato giurisdizionale, quindi, appare particolarmente delicato ed incentrato sul bilanciamento tra l'esigenza di assicurare le prestazioni sanitarie, da un lato, e l'esigenza di preservare l'autonomia organizzativa degli enti regionali e delle strutture sanitarie, dall'altro. Come è stato sottolineato nelle pagine precedenti, in sede di sindacato il giudice è tenuto a coniugare il diritto alla salute con l'effettiva qualità e quantità delle prestazioni erogate dal servizio sanitario, ma senza considerare i vincoli finanziari come prevalenti rispetto al diritto dell'individuo di accedere ai trattamenti sanitari.

Senonché, allargando l'orizzonte di analisi alla giurisprudenza di merito e di costituzionalità frequentemente i vincoli finanziari sono stati assunti come realtà presupposta per valutare il «*ragionevole bilanciamento*» condotto dal legislatore in sede di allocazione delle risorse da destinare al SSN⁴⁹; accertando in par-

⁴⁹D. MORANA, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amministrazione in cammino*, 2015, p. 8.

ticolar modo se le decisioni maturate in ordine alla risorse finanziarie siano state adottate previo coinvolgimento dei differenti livelli territoriali responsabili dell'organizzazione e dell'erogazione delle prestazioni sanitarie. Ciò al fine di garantire «l'effettiva programmabilità e la reale copertura finanziaria dei servizi, la quale (...) deve riguardare non solo la quantità ma anche la qualità e la tempistica delle prestazioni costituzionalmente necessarie»⁵⁰.

Si rammenti ad esempio la sentenza del Consiglio di Stato n. 1 del 2 gennaio 2020 che ha puntualizzato come le norme preposte alla tutela dei disabili siano indispensabili per offrire un sostegno alle famiglie e agevolare la loro inclusione sociale, scongiurando la solitudine e l'isolamento. Ad avviso del Collegio – difatti - affinché sia legittimo il provvedimento di diniego di cure non è sufficiente che la struttura organizzativa esistente sia inadeguata a garantire la prestazione sanitaria al paziente né tantomeno che non vi siano posti nel centro diurno, ma occorre piuttosto provare l'inesistenza di strutture sanitarie alternative idonee a fornire l'assistenza sanitaria e l'insufficienza delle risorse finanziarie⁵¹.

Il giudice amministrativo prosegue poi nel qualificare il diritto alla salute come diritto soggettivo pieno ed incondizionato, il cui soddisfacimento è ammesso nei limiti stabiliti dal legislatore e correlato alla distribuzione delle risorse finanziarie.

Dall'altro canto nei sistemi «costituzionali contemporanei non vi è garanzia di effettività e di rispetto per i diritti fondamentali fuori da un determinato equilibrio di bilancio democraticamente fissato (entrate, spese, e indebitamento autorizzato) che garantisca la sostenibilità e la durata dei diritti medesimi, che coordini in vario modo i conti, tra risorse e prestazioni e tra le generazioni presenti e quelle future»⁵².

⁵⁰Corte Cost., sent. n. 154 del 2017.

⁵¹Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1 del 2020.

⁵²Cons. Stato, sez. III, sent. n. 5539 del 2015, in *Foro amm.*, 2015, 12, pp. 3059 ss. Per ulteriori approfondimenti in dottrina si rinvia a: F. GIGLIONI, *La riduzione dei livelli essenziali di assistenza secondo appropriatezza da parte delle regioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, pp. 529 ss.

Ancora, con la sentenza n. 130 del 2020 la Corte Costituzionale ha affermato che nonostante la Regione siciliana non sia soggetta al piano di rientro dal disavanzo sanitario è sottoposta «a misure di monitoraggio nell'ambito del programma di consolidamento e sviluppo; per tale motivo si esclude la possibilità di incrementare la spesa sanitaria per motivi non inerenti alla garanzia delle prestazioni essenziali»⁵³.

7. Conclusioni

Nonostante l'amministrare sia la ragione istituzionale dell'organizzazione pubblica, le fonti normative primarie o secondarie si affermerebbero come *standard* astratti che circoscrivono i confini *dell'agere* amministrativo e garantiscono un sindacato giurisdizionale conforme alla norma e ai parametri astratti in essa contenuti.

Sul punto si rammentano le metafore della bilancia e dell'orologio richiamate da Zagrebelsky. Mentre la bilancia indica l'equilibrio tra i differenti interessi coinvolti, grazie ad un bilanciamento che si determina da sé «e sul quale le istituzioni di governo svolgono un controllo esterno, impedendo che il medesimo oltrepassi il limite di tensioni eccessive»⁵⁴. La seconda metafora, invece, conferisce alla società la «funzione di una macchina» all'interno della quale ad ogni organo è riservato «il giusto posto» e non sono ammessi interventi per alterare il funzionamento dell'ordine prestabilito⁵⁵.

In tale scenario, dunque, il ruolo dell'orologio assolto dagli organi costituzionali, in particolare dal Governo non solo è lecito ma anche doveroso al fine di «rimettere ordine nell'assetto sociale», a garanzia del diritto alla salute dei cittadini.

⁵³La Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo costituzionalmente l'art. 2, co. 28, legge regionale siciliana del 16 dicembre 2018, n. 24, per violazione degli artt. 117, commi 1, 2, lett. m), in quanto la previsione di spesa ulteriori rispetto a quelle destinate all'adeguato finanziamento delle prestazioni sanitarie essenziali da parte della Regione viola i principi che regolano la tutela della salute ed il coordinamento della finanza pubblica. Sul punto, il giudice delle leggi nel condurre il bilanciamento tra diritto alla salute e vincoli di bilancio ha preferito far prevalere questo ultimo sul primo.

⁵⁴G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in *AIC, Annuario 2002, Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale, Atti del XVII Convegno Annuale, Milano, 11-12 ottobre 2002*, Padova, 2004, p.85.

⁵⁵G. ZAGREBELSKY, *op. ul., cit.*, 86.

Questa ultima considerazione rafforza anche l'idea della stretta correlazione tra la funzione legislativa e giurisdizionale, in cui la prima assolve un ruolo preminente per assicurare il principio di legalità e di giurisdizionalità, poiché «non si può parlare di vera giurisdizionalità laddove non si realizzi in pieno il principio di legalità»⁵⁶; ciò vuol dire che «se il giudice non dispone di norme di diritto sufficientemente precise non vi potrebbe essere (...) alcuna attività giurisdizionale, in quanto “nessuna sussunzione (...) è realmente possibile in norme giuridiche»⁵⁷.

Le leggi di programmazione in tema di diritto di salute – quindi – dovrebbero rimanere centrali, manifestazione di un procedimento di formazione pubblica e trasparente, indirizzate a tratteggiare un sistema sanitario unitario, improntato anche sulla interconnessione tra le diverse strutture sanitarie e sul rafforzamento della digitalizzazione.

Ciò suggerisce di riscoprire il ruolo centrale assunto dalla legge nel disegno costituzionale tratteggiato dai Padri costituenti: una legge «sempre meno ordinamentale e di sistema», che individui principi generali «facendone il perno attorno a cui costruire l'unità dell'ordinamento giuridico»⁵⁸. In altri termini, un intervento normativo che non si prefigge la mera attuazione di strategie politiche, amministrative, finanziarie e di innovazione tecnologica.

In senso contrario tende l'orientamento dottrinale che ritiene «difficile comprendere come la crisi, finanziaria prima e quella sanitaria poi, possa essere gestita attraverso una compromissione dell'autonomia a tutela delle libertà e dei diritti dei cittadini»⁵⁹. Se l'autonomia normativa deve essere intesa – come insegna Giannini – come «capacità di un soggetto di darsi un ordinamento proprio, dovendo essere intesa come una potestà di cui è investito un ente, diverso dallo Stato, di emanare norme costitutive dell'ordinamento giuridico statale», la medesima deve garantire che le norme adottate «dai soggetti in-

⁵⁶L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, in *Studi di diritto costituzionale* (1958-1966), Milano, 2005, p. 479.

⁵⁷G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Milano, Bologna, 2009, p. 361.

⁵⁸R. BIN, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi, domani*, cit.

⁵⁹M. C. CAVALLARO, *Divario territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti: il ruolo delle Regioni in tempo di crisi*, in questa Rivista.

vestiti di tale potestà regolino interessi che siano curati propriamente da questi soggetti»⁶⁰. E tale tesi sembrerebbe individuare come vettori dell'uguaglianza i differenti livelli di enti territoriali in cui si articola la Repubblica, superando l'idea che solo lo Stato può essere il garante dell'uguaglianza, intesa come uniformità⁶¹.

In altri termini, secondo tale indirizzo il potere pubblico può presentare un unico e costante lineamento solo se opera nei differenti contesti territoriali e fa proprie le esigenze della comunità amministrata; ciò, in conformità: all'art. 2 Cost., che prevede un coinvolgimento dei differenti livelli di enti territoriali nell'attuazione di una emancipazione cui partecipa ogni formazione sociale; all'art. 5 Cost., poiché considerare le autonomie territoriali «soltanto dal punto di vista dell'organizzazione amministrativa e dell'imperativo della semplificazione sarebbe limitante» e non darebbe piena attuazione al principio autonomistico⁶².

⁶⁰M. S. GIANNINI, *Autonomia*, ripubbl., in *Scritti giuridici*, Milano, 2003, vol. III (1949-1954), p. 353; si veda anche M. C. CAVALLARO, *Divario territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti: il ruolo delle Regioni in tempo di crisi*, cit.

⁶¹Per ulteriori approfondimenti in tema di regionalismo differenziato si rinvia a: S. PAJNO, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *federalismi.it.*, 2020, p. 94; G. D'AMICO, *Regionalismo differenziato, sistema finanziario e specialità regionale*, in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, in *Quaderni del dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Torino*, 2020, 17, pp. 109 ss.; CARAVITA, *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato?*, in *federalismi.it.*, 2019, 13, pp. 2 ss.; R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, 2019, 4, pp. 269 ss.; R. BALDUZZI – D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato in materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2019, 2, pp. 1 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in A. LUCARELLI – A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Regionalismo differenziato o trasformazione della forma di Stato*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 2019, 2, pp. 27 ss.; A. MORELLI, *Art. 116*, in F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo. Parte II – Ordinamento della Repubblica (Artt. 55-139) e Disposizioni transitorie e finali*, Bologna, 2018, pp. 325 ss.; F. CORTESE, *La nuova gestione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regole ed eccezione*, in *Le Regioni*, 2017, 4, p. 709; G. FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 2017, 4, p. 627; O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in *Astrid Rassegna*, 2017, 14; O. SPATARO, *Crisi del regionalismo e macroregioni. Spunti di riflessione*, in *federalismi.it.*, 2018, 6, pp. 12 ss.

⁶²M. DELLA MORTE – L. RONCHETTI, *Simul stabunt simul...stabunt: a quale prezzo?*, in *Le Regioni*, 2021, 1-2, p. ed ancora a p. 10; F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1975, p. 667, l' A. afferma: «la garanzia più importante dei diritti soggettivi è data dalla partecipazione dei cittadini all'esercizio dei poteri sovrani». Pertanto, un sistema politico semplificato inciderebbe significativamente «sull'organizzazione istituzionale de-valORIZZANDO l'autonomia e le sue esigenze costituzionalmente riconosciute all'art. 5 Cost.», cfr. M. DELLA MORTE – L. RONCHETTI, *Simul stabunt simul...stabunt: a quale prezzo?*, cit., p. 102; L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018.

SEZIONE II

PARTE PRIMA

DISCUSSIONI

Premessa

La sezione studi di questo fascicolo integra e modifica l'idea, avviata con il saggio di Pierpaolo Forte pubblicato nel fascicolo II/2019, di ospitare un contributo di uno dei componenti la Direzione della Rivista dedicato ad un tema che da tempo studia e che si presta a provocare una riflessione su temi generali del diritto pubblico, concentrandosi particolarmente sui suoi profili evolutivi, sul cambiamento che dobbiamo capire, affrontare e portare a sistema a servizio del godimento pieno ed uguale dei diritti delle persone.

La modifica è chiara: Andrea Carbone non è parte della Direzione della Rivista e la sua riflessione aveva già trovato compimento in un'ampia e meditata monografia (Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. 1: Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento). La ragione è altrettanto chiara: la Direzione continua a sentire il bisogno di tenere ferma la scelta di fare della Rivista un luogo aperto, ispirato al confronto. Il volume dato alle stampe da Andrea Carbone è parso a tutta la Direzione un'eccellente occasione di confronto su temi che alla Rivista sono sempre stati cari e, da altro punto di vista, una tappa fondamentale in una ricerca ancora aperta.

Il dibattito che ne è scaturito, attraverso i contributi che la sezione pubblica, non solo si apre con un saggio originale dell'autore del volume – che già di per sé costituisce un'ulteriore messa a punto del suo pensiero – ma ospita contributi di idee non solo autorevoli, ma che – dimostrando come il confronto aperto e plurale sia una necessità per l'evoluzione del pensiero – essi stessi contengono, nella breve densità delle pagine, apporti notevoli alla teoria dell'azione, delle posizioni soggettive e della tutela, essi stessi passi avanti nell'elaborazione teorica di maestri autorevoli, che hanno già dato negli anni contributi decisivi alla scienza del diritto pubblico e che hanno avuto la giovinezza di farsi provocare dal dibattito. La Rivista vi trova conferma della bontà del metodo; e gli studiosi troveranno contributi dai quali è difficile prescindere.

ANDREA CARBONE

Professore associato di diritto amministrativo presso la Sapienza Università di Roma
andrea.carbone@uniroma1.it

RIFLESSIONI SU POTERE E SITUAZIONI SOGGETTIVE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO. UNA PROPOSTA DI CONFRONTO

CONSIDERATIONS ON ADMINISTRATIVE POWER AND SUBJECTIVE POSITIONS. A PROPOSAL

SINTESI

Il presente scritto propone una sintesi della concezione dell'autore in ordine al potere amministrativo e alle situazioni giuridiche che ad esso si relazionano, e le relative conseguenze sul processo, come rappresentate in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, Giappichelli, 2020. Partendo da una revisione critica delle principali impostazioni sul punto, si passerà ad esporre, basandosi su considerazioni di teoria generale, la nostra ricostruzione.

ABSTRACT

This paper represents a summary of the Author's approach on the conception of administrative power and its relation with individual legal positions, as exposed in *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, Giappichelli, 2020.

PAROLE CHIAVE: diritto amministrativo; potere amministrativo; discrezionalità amministrativa; situazioni giuridiche soggettive; procedimento amministrativo; processo amministrativo.

KEYWORDS: administrative law; administrative power; administrative discretion; subjective juridical positions; administrative procedure; procedure before administrative courts.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le ricostruzioni dell'interesse legittimo. L'interesse legittimo come situazione giuridica caratterizzata, nella ricostruzione comunemente diffusa, da una *strumentalità indiretta* rispetto al proprio oggetto. – 3. La mancanza di autonomia concettuale di quella che si è definita strumentalità indiretta e crisi della concezione dell'interesse legittimo. La pretesa all'utilità strumentale. L'impostazione della Scuola fiorentina. – 4. Inaccogliabilità della tesi dell'interesse legittimo come pretesa

all'utilità strumentale in ragione del rilievo che deve essere riconosciuto, in ordine al potere amministrativo, alla struttura normativa della funzione. – 5. La configurazione dell'interesse legittimo come situazione giuridica che rispetto al potere, anche discrezionale, si pone quale pretesa all'utilità finale. Le differenti impostazioni. Rilievi problematici. – 6. La distinzione, nella configurazione dell'interesse legittimo quale pretesa all'utilità finale, del rapporto in senso dinamico e del rapporto in senso staticizzato, quali alternative ad essa riferibili. La differenza con il rapporto in senso statico che caratterizza la pretesa all'utilità strumentale. Il rapporto inteso in senso staticizzato come fondamento dell'interesse legittimo quale situazione giuridica strutturalmente peculiare, avente ad oggetto l'utilità finale. Rilievi problematici e spunti ricostruttivi. – 7. Il potere come situazione giuridica soggettiva e il rilievo della struttura normativa della funzione. – 8. Il modulo procedurale del potere amministrativo. La funzione come farsi della decisione. – 8.1 La caratterizzazione soggettiva del modello procedurale. La funzione amministrativa come processo volto alla decisione sul porre in essere o meno la relativa situazione effettuale. Negazione della struttura di codecisione. La conseguente caratterizzazione delle situazioni giuridiche. – 8.2 La caratterizzazione oggettiva del modello procedurale. Il modello procedurale di accertamento e il problema dell'attività discrezionale. La caratterizzazione della situazione giuridica sostanziale. – 9. Modello procedurale di accertamento e discrezionalità. Scomposizione della discrezionalità in discrezionalità conoscitiva, teleologica e dispositiva. La presenza della discrezionalità teleologica come necessità di determinazione di un criterio di preferenza tra valori. – 9.1 Relatività del criterio proposto. Il potere è sempre funzionale al perseguimento di un valore. La presenza di discrezionalità teleologica non dipende da una scelta meramente tecnica rinvenibile nel dato normativo, ma dalla scelta dell'ordinamento in ordine alla partecipazione del soggetto nella determinazione del valore. – 9.2 La rilevanza dell'elaborazione del criterio di preferenza per l'ordinamento. La rilevanza soltanto indiretta attraverso le clausole generali. La rilevanza diretta attraverso la predisposizione di un modello procedurale di accertamento. La struttura della situazione giuridica dipende dal modello scelto dall'ordinamento. – 9.3 L'accertamento, come valore espresso dall'ordinamento nella scelta del modello procedurale, caratterizza la struttura della situazione giuridica soggettiva di potere, quale conseguenza del modello normativo della funzione. Il preservarsi degli spazi sostanziali di scelta discrezionale e l'equiparazione normativa sul piano procedurale. – 10. I caratteri della situazione giuridica di potere in relazione al modello procedurale. La connotazione del modello procedurale amministrativo quale modello processuale di accertamento. – 10.1 La situazione giuridica di potere e la situazione che con il potere si confronta. La sua caratterizzazione come situazione giuridica procedurale a rilievo sostanziale, che si connota quale pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto. Conseguenze ulteriori. – 11. Conclusioni. Considerazioni ulteriori sul declinarsi del processo amministrativo a fronte della concezione della situazione giuridica fatta propria in questa sede.

1. Introduzione

L'analisi che si effettuerà in questa sede riprende un più ampio studio, in parte già svolto, e in parte in corso di svolgimento, che chi scrive sta affrontando in ordine all'inquadramento delle situazioni giuridiche soggettive, a rilievo sostanziale e prettamente procedimentali, che si confrontano con il potere amministrativo, nella loro rappresentazione sostanziale, e nella loro ascrizione ad oggetto del processo amministrativo, attraverso la quale esse possono trovare tutela in via giurisdizionale¹.

¹ Il riferimento è ad A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*. (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo), e II-1, *La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, Giappichelli.

Il punto di partenza, in ordine allo studio in questione, risiede nella considerazione per cui la sintesi, storica e logica, che assume il rapporto tra cittadino e potere, risulta incentrata, nell'esperienza del nostro ordinamento, sulla problematica della configurazione della situazione giuridica soggettiva che viene fatta valere dal privato nell'ambito del processo amministrativo: l'interesse legittimo, quale realtà che emerge storicamente nel processo, e con il processo è destinata a confrontarsi, nella rappresentazione della tutela alla quale il cittadino può aspirare nei confronti del potere, ha fatto sì, infatti, che il problema concernente la situazione giuridica soggettiva che nel processo amministrativo trova tutela, il problema, cioè, dell'individuazione dei suoi caratteri, venisse a costituire, nella sua essenza, il problema stesso della giustizia amministrativa nel nostro ordinamento, nel suo declinarsi, sotto un profilo storico e funzionale, e nelle conseguenze che esso dispiega sulla struttura processuale. La configurazione della situazione giuridica che si confronta con il potere amministrativo rappresenta, dunque, il momento centrale di riflessione in ordine al rapporto tra potere e cittadino, sotto un profilo sia sostanziale sia processuale.

Ora, in merito a detta problematica, può evidenziarsi come, sino a tempi relativamente recenti, il quadro d'insieme descritto si venisse essenzialmente a risolvere nella rappresentazione dell'esigenza di piena rilevanza della dimensione sostanziale dell'interesse materiale del cittadino, e di adeguamento dei rimedi e degli strumenti processuali alla sua soddisfazione. Ciò avveniva in un incessante confronto con la situazione 'perfetta' di diritto soggettivo, confronto dal quale si deduceva la necessità di dissipare quelle nebbie ideologiche che, invece, l'interesse legittimo avrebbero avvolto².

Nell'ultimo periodo, quantomeno nell'ultimo ventennio, nel momento in cui tale dimensione sostanziale non è stata più negata, e i rimedi processuali hanno cominciato ad adeguarsi ad essa, la questione si è fondamentalmente

²L'espressione è, come noto, di F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 401. Cfr. anche B. SORDI, *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Ann., II, 2, Milano, 2008, p. 726.

spostata su un altro fronte. Si è, cioè, cominciato a riflettere su che cosa questa conquistata dimensione sostanziale, e la tutela processuale che vi si è accompagnata, effettivamente comportassero, e quale fosse la loro effettiva consistenza. È emersa, infatti, in tale scenario, l'esigenza di salvaguardare un corretto bilanciamento tra rispetto dei margini di azione dell'attività amministrativa ed effettiva tutela della posizione del privato, non essendo comunque potuta sfuggire, la continua espansione di quest'ultima, al confronto con la natura discrezionale che (può) connota(re) il potere amministrativo.

L'impressione che si ha è che, in definitiva, un tale bilanciamento sia ben lungi dall'essere stato raggiunto. Da un lato, infatti, si è di fronte ad un giudizio il cui oggetto continua ad essere rappresentato, in giurisprudenza, ma nella sostanza anche nell'opinione della dottrina maggioritaria, dai vizi dell'atto fatti valere dal ricorrente, nella perdurante centralità del rimedio impugnatorio. Dall'altro, non si esita però ad invocare da una parte della dottrina, e talvolta a reputare ammissibile in giurisprudenza, la 'chiusura' della possibilità di riesercizio del potere, in ragione del verificarsi di circostanze che, tuttavia, rischiano molto spesso di avere contorni del tutto incerti, e non corrispondenti all'utilità che il privato si vedrebbe riconosciuta sul piano sostanziale, parendo piuttosto derivare dalla sottoposizione dell'Amministrazione ad una logica 'sanzionatoria', che non può che mutuare i suoi presupposti dall'atteggiarsi del singolo caso concreto. Ancora, non è chiara quale sia l'effettiva portata del c.d. giudizio a formazione progressiva, né se questo trovi effettivamente riscontro nel nostro sistema processuale, ovvero se tale figura non sia invocata, piuttosto, senza collegarvi un'effettiva capacità estensiva dell'accertamento giudiziale, secondo quanto pure si è sostenuto. L'elenco potrebbe continuare.

In tale prospettiva, è, invero, proprio la ricerca di un bilanciamento tra le contrapposte esigenze rappresentate che, pur volendo rispondere ad evidenti intenti di ordine pratico, con riguardo alla tutela giurisdizionale non dovrebbe ricevere cittadinanza, in quanto ciò che si deve assicurare nel processo ammini-

strativo non è nient'altro che l'attuazione del rapporto tra potere e cittadino nei termini in cui l'ordinamento l'ha concretamente definito. Solo tenendo presente ciò si può, da un lato, scongiurare il rischio di possibili ingerenze del giudice nelle scelte proprie dell'Amministrazione, così come, dall'altro, evitare possibili deferenze, da parte dello stesso giudice, in ordine al sindacato che questi è tenuto a compiere. In questo senso, anche l'utilizzo di formule dal tenore spesso più evocativo che prescrittivo (effettività della tutela, pienezza del sindacato, ecc.) può invero portare ad oscurare la necessità di una compiuta ricostruzione concettuale dei termini in cui la questione si viene a svolgere.

Ora, a nostro avviso, se una siffatta ricostruzione si vuole invece effettivamente affrontare, risulta necessario partire da due considerazioni. In primo luogo, va evidenziato che, se il processo amministrativo è, salve possibili ipotesi eccezionali³, strutturato dall'art. 7 c.p.a. come un giudizio di natura soggettiva (che concerne “*le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi*”), il suo oggetto non può che rapportarsi ad una situazione soggettiva propria della parte che richiede la tutela. In secondo luogo, poiché, secondo un'impostazione che non deve essere disattesa, il processo deve essere strumentale alla tutela di una situazione giuridica che riceve la propria conformazione dalla normativa sostanziale, è appunto dalla consistenza sostanziale di detta situazione (o, il che è lo stesso, del rapporto in cui detta situazione si inserisce) che si deve ricavare la tutela che l'interesse del privato può (e deve) ricevere nell'ambito del processo amministrativo⁴.

La configurazione della situazione giuridica del privato nei confronti del potere riveste quindi, continua a rivestire, anche nel rinnovato assetto processuale, importanza centrale. Anzi, potrebbe ritenersi che, proprio alla luce della

³Quelle che si riscontrano nei modelli da noi definiti come ‘modelli processuali differenziati’: A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 423 ss.; ID., *Modelli processuali differenziati e legittimazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Conc. merc.*, 2018, p. 43 ss.

⁴In questo senso, ci si pone sulla stessa linea di L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna ad un facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 617 ss.

sistemazione e dell'affinamento delle categorie processuali, avvenuta ad opera del Codice del processo amministrativo, si riveli quanto più necessario ricorrere alla descrizione della situazione giuridica in questione non attraverso 'immagini', ma con riferimento ad una sua precisa costruzione concettuale⁵, laddove non si voglia mantenere incerto il profilo della tutela del cittadino rispetto all'esercizio del potere amministrativo.

Sotto tale aspetto, ben può comprendersi allora come l'incertezza denunciata, in ordine a ciò che possa spettare all'esito del processo, si accompagni alla mancanza di una compiuta ricostruzione, pacificamente accettata, dei caratteri della situazione giuridica soggettiva a cui ascrivere l'oggetto del giudizio. È proprio in ragione dell'insicurezza sulla consistenza sostanziale di detta situazione giuridica che si riscontra, non può evidentemente che riscontrarsi, l'incertezza in ordine alla declinazione della tutela giurisdizionale. Si deve dunque ritenere che nessun cambio di paradigma⁶ possa in questo senso realizzarsi, neppure dopo l'adozione del Codice, se non si chiarisce come debba essere intesa la situazione soggettiva in questione, e in cosa consista, quindi, l'oggetto del giudizio, che, come detto, ad essa deve corrispondere.

In questi termini, il tentativo ricostruttivo che si è inteso effettuare, nella più ampia ricostruzione a cui si è già accennato, è risultato rivolto a rispondere alla rappresentata esigenza di certezza della tutela attraverso l'elaborazione della situazione giuridica soggettiva che si ritiene debba rappresentare l'oggetto del processo amministrativo. La struttura di questa, da un lato, e il modello processuale attraverso il quale assurge ad oggetto del giudizio, dall'altro. In questa sede, sarà ripresa la parte di indagine riferita all'esame delle tesi che attualmente si confrontano all'interesse legittimo; si procederà poi, sulla base di argomentazioni di teoria generale, a proporre un mutamento di prospettiva in ordine alla

⁵ Cfr. ancora L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., p. 623 ss.

⁶ Secondo la ormai nota espressione di E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010 (op. orig. 2007), p. 65 ss., ripresa in particolare da A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa? Giornata di studi in onore del Prof. Fabio Merusi*, Napoli, 2011, p. 69 ss.

ricostruzione della situazione giuridica, a rilievo sostanziale, che si confronta con il potere amministrativo, la quale si fonda su un particolare rilievo valoriale che, a nostro avviso, si deve ritenere riconosciuto, da parte dell'ordinamento, alla struttura normativa della funzione, intesa quale struttura normativa in cui si inserisce l'esercizio del potere; da ultimo, si indicheranno le particolari conseguenze che, alla luce della nostra ricostruzione della situazione giuridica, si vengono a verificare nell'assetto processuale, una volta che detta situazione venga posta ad oggetto del giudizio.

2. Le ricostruzioni dell'interesse legittimo. L'interesse legittimo come situazione giuridica caratterizzata, nella ricostruzione comunemente diffusa, da una *strumentalità indiretta* rispetto al proprio oggetto

Nell'elaborazione dottrinale più risalente, non serve ricordarlo, la peculiare connotazione dell'interesse legittimo derivava dall'innesto, nel suo contenuto, dell'aspetto teleologico della funzione amministrativa, di modo che l'interesse materiale del privato risultasse subordinato a quello pubblico e, quindi, soltanto indirettamente protetto dalla norma⁷. Invero, l'impostazione in questione non era riuscita a portare ad una convincente ricostruzione di un rapporto non paritario, all'interno del quale potessero inserirsi le relative situazioni soggettive; al contrario, essa aveva piuttosto condotto alla negazione di un rapporto sostanziale, e alla risoluzione della posizione del privato in termini processuali, corrispondentemente al mezzo di tutela concesso dall'ordinamento⁸. Ad ogni modo, ciò che interessa evidenziare è come la ricostruzione dell'interesse legittimo, in quella accezione, era il prodotto dell'elaborazione di una relazione non paritaria fra gli interessi coinvolti, una relazione ove, cioè, l'interesse del privato risultava funzionalizzato alla tutela dell'interesse pubblico, come soggettivato in

⁷ Si fa riferimento alla rappresentazione dell'interesse legittimo nelle forme dell'interesse occasionalmente protetto e del diritto affievolito, figure entrambe funzionalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico, secondo l'impostazione che ne dà O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, p. 427 ss.; ID., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 161 ss., il quale riprende, per l'interesse occasionalmente protetto, la figura proposta da L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, p. 5 ss.

⁸ Sul punto, sulle differenti ricostruzioni, si veda *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 4 ss.

capo all'Amministrazione. In questo senso, la funzionalizzazione, intesa quale afferente al profilo teleologico appena descritto, era ascritta ad elemento strutturale dell'interesse legittimo; il rilievo di quest'ultimo, conseguentemente, sarebbe stato soltanto quello che poteva trovare riferimento nelle norme volte a regolare il potere (norme di azione), non a quelle che pongono un rapporto, o perlomeno che lo pongono nel senso di diritto-obbligo (norme di relazione); la relativa tutela, conseguentemente, sarebbe stata soltanto riflessa; gli strumenti giurisdizionali si sarebbero caratterizzati di conseguenza.

L'evoluzione che ha caratterizzato l'epoca successiva, nella sostanza coincidendo con lo svolgersi del secolo scorso, si è caratterizzata, anche in ragione del dettato costituzionale nel frattempo intervenuto, per la progressiva valorizzazione dell'interesse sostanziale del privato, pervenendo, per tale via, alla compiuta separazione dell'oggetto della situazione giuridica dalla tutela dell'interesse pubblico. Il problema, a questo punto, è stato però quello di mantenere una ricostruzione dell'interesse legittimo quale strutturalmente differenziata da quella propria del rapporto che si configura tra la situazione che in teoria generale rappresenta il substrato contenutistico elementare di un diritto a struttura creditizia (la *pretesa*)⁹ e la situazione che ad essa si rapporta (l'obbligo). Problema, quello appena descritto, reso particolarmente grave dall'affermarsi dell'ottica normativistica volta a svalutare il substrato assiologico della situazione giuridica, così sostanzialmente risolvendo la consistenza di quest'ultima nel riflesso della norma¹⁰.

Le difficoltà prospettate trovano riscontro nell'attuale definizione che dell'interesse legittimo generalmente si assume, e della sua riconducibilità

⁹ Sulla considerazione della figura di teoria generale della *pretesa*, quale figura di qualificazione deontica della posizione giuridicamente tutelata di un soggetto rispetto allo svolgimento di un altrui comportamento (materiale o di un atto precettivo), a cui appunto corrisponde l'obbligo, in capo all'altro soggetto, del comportamento stesso, si veda, ampiamente, *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 178 ss.

¹⁰ Sul punto cfr. quanto considerato in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 216 ss.; nonché quanto si dirà *infra*, par. 5.

all'interno di un rapporto, nel momento in cui se ne prospetta la differenza da una situazione strutturata nel senso di una relazione diritto(pretesa)-obbligo.

A tal proposito, può prendersi in considerazione quella nozione di ordine generale a cui solitamente si fa riferimento nella comune considerazione della figura in esame (quantomeno nel senso di assumerla a concezione di base, rispetto alla quale porsi poi in maniera più o meno critica). Essa può definirsi una versione moderna della classica declinazione dell'interesse legittimo, che, in questa accezione, vedrebbe espunto dall'interesse del titolare qualsiasi legame con l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa, e, insieme ad esso, il carattere di occasionalità che sarebbe altrimenti proprio della sua protezione. L'oggetto della situazione giuridica verrebbe individuato nell'interesse materiale del soggetto, il quale, tuttavia, non necessariamente riceverebbe soddisfazione nell'esercizio, sia pur legittimo, del potere¹¹: in particolare, secondo una prima

¹¹ Tra le definizioni più autorevoli e diffuse di quelle appartenenti al filone in esame, vi è quella per cui la specificazione dell'interesse legittimo passerebbe per la sua riconduzione ad una situazione di natura sostanziale, avente carattere dinamico e strumentale, quale posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un'utilità oggetto di potere, consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, cooperando all'esplicazione del medesimo e intervenendo a correggerne le deviazioni (poteri, quindi, di carattere sostanziale e processuale), in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità. È questa la nota definizione, già richiamata, di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 94 ss., secondo cui, se l'interesse legittimo appartiene all'ambito sostanziale, è questo un ambito sostanziale dinamico, strumentale, non statico e di godimento, cosicché è lecito accostare l'interesse legittimo ai diritti soggettivi aventi natura strumentale, come il diritto di credito. In particolare, l'interesse legittimo e il diritto soggettivo sono situazioni giuridiche entrambe costituite da interessi materiali intenzionalmente protetti dall'ordinamento, ma per l'interesse legittimo la soddisfazione sicura di detto interesse materiale non si ha, in quanto essa può avvenire solo eventualmente, e in relazione alla soddisfazione dell'interesse pubblico. Il carattere dinamico della situazione è determinato dalla sua attitudine ad influire sull'azione amministrativa, attraverso (pp. 95-96) l'utilizzo degli strumenti di carattere processuale e procedimentale all'uopo previsti, i quali sono idonei a consentire, con il loro esercizio, la partecipazione del privato alla funzione amministrativa. e la possibilità di influenzarla. In tale prospettiva, l'interesse legittimo viene posto all'interno di un rapporto con il potere amministrativo, quale correlato alle possibilità e alle doverosità dell'Amministrazione nel suo esercizio, conformandosi in relazione ad esse: M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?, Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 1898.

Tale nota definizione considera dunque l'interesse legittimo quale complesso di poteri attribuiti al soggetto in ordine alla tutela della propria posizione. Rispetto ad essa, si può mettere in luce come, rapportando al contenuto della situazione giuridica di interesse legittimo la tutela processuale normativamente prevista, non si conformi questa al dato sostanziale, ma, al contrario, si assuma da essa la consistenza della situazione giuridica in esame. In una diversa ot-

accezione, oggetto della situazione giuridica in esame dovrebbe essere considerato proprio l'interesse al bene della vita¹²; secondo altra prospettiva, invece, l'utilità oggetto dell'interesse legittimo sarebbe il provvedimento favorevole, il provvedimento, cioè, strumentale alla soddisfazione dell'interesse al bene¹³. In ogni caso, il carattere peculiare dell'interesse in esame, riferito direttamente al bene ovvero al provvedimento, è quello di non ricevere sicura soddisfazione nel rapporto con la situazione giuridica di potere attribuita ad altro soggetto, ogniqualvolta, almeno, quest'ultima situazione si connota per il suo carattere discrezionale: l'interesse legittimo, si dice, non potrebbe consistere in una pretesa rivolta al bene o al provvedimento, (anche) in quanto l'utilità finale non risulta garantita¹⁴.

I caratteri generali, che si ricavano da tale insieme di definizioni di interesse legittimo, sarebbero dunque i seguenti: vi è un interesse materiale del singolo che si rivolge nei confronti dell'esercizio del potere unilaterale altrui; esso riceve la tutela all'uopo prevista da parte dell'ordinamento, che deriva dalla regolamentazione giuridica della situazione giuridica di potere; oggetto della situazione giuridica in questione è detto interesse materiale, ovvero, secondo una differente prospettiva, il provvedimento che tale interesse soddisfa (quindi,

tica, l'interesse legittimo viene invece configurato in relazione alla sua dimensione sostanziale, attenendo, la tutela giurisdizionale, e le forme in cui essa trova esplicazione, alla condizione patologica conseguente alla lesione della situazione giuridica. In questo senso si pone la ricostruzione di chi descrive l'interesse legittimo quale situazione giuridica che si esprime esclusivamente nell'ordine e nell'ambito della realtà dinamica del procedimento: essa rappresenterebbe, infatti, una situazione di carattere dinamico che 'dialoga' con il potere unilaterale altrui; che consente, cioè, di influire sulla formazione della/e scelta/e in ordine all'esercizio del potere in funzione di un proprio interesse materiale protetto, rispetto alla cui lesione è possibile reagire in sede giurisdizionale: F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 25; ID., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, pp. 232 ss., 245 ss. e 453 ss.

¹² M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 96.

¹³ Si veda F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 313 ss. e 410 ss., ed ivi l'analisi critica della tesi di G. GRECO, *Dal dilemma diritto-soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 483 ss., il quale, all'interno della sua tesi per cui l'interesse legittimo dovrebbe essere costruito come pretesa in senso proprio volta al conseguimento del bene della vita (sulla quale, si veda *infra*, par. 5), ritiene equivalente il riferimento al provvedimento o al bene della vita. Cfr., sulla centralità del provvedimento rispetto al bene, anche F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura*, cit., p. 20 e p. 27 ss., ed ivi invece la critica all'impostazione in questo senso assunta in particolare da Nigro.

¹⁴ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 413, n. 20.

il comportamento del soggetto a cui il potere è riferito che tale interesse soddisfa); l'interesse considerato non è oggetto di sicura soddisfazione (può non essere oggetto di sicura soddisfazione) a fronte del legittimo esercizio del potere; in tale prospettiva, particolare enfasi è posta sulla possibilità di influenzare, da parte del soggetto che si confronta con il potere unilaterale altrui, l'esercizio del potere stesso, al fine di ottenerne un'esplicazione in senso favorevole alla soddisfazione dell'interesse di cui il soggetto in questione è portatore; il rapporto, tra potere e interesse legittimo, si connota di conseguenza, escludendosi in ogni caso una relazione strutturata sulla base della sussistenza di una pretesa in senso tecnico all'utilità finale.

Rispetto a tale rappresentazione, va preliminarmente precisato come non sembri assumere particolare rilievo, sotto il profilo che ci interessa, la differenza sopra menzionata in ordine all'oggetto, se il provvedimento favorevole o il bene della vita. Poiché il riferimento a quest'ultimo, infatti, è sempre nel senso del mantenimento o nel *conseguimento* di una determinata utilità finale, la situazione a cui si fa riferimento non è direttamente la situazione finale incisa dal potere (ad es., il diritto di proprietà), ma ad una situazione comunque in questo senso strumentale, in quanto il riferimento al bene risulta necessariamente mediato dalla condotta (nel caso del potere, dalla produzione dell'effetto).

Sul punto è poi necessaria un'ulteriore precisazione. Il carattere di strumentalità, che viene ascritto all'interesse legittimo nell'ambito dell'impostazione che fa riferimento al provvedimento favorevole, e che viene contrapposto a quelle concezioni che rappresentano detta situazione giuridica come situazione finale, è termine infatti suscettibile di assumere una pluralità di significati, potendo esso riferirsi sia alla *struttura* della situazione, sia anche al *contenuto* dell'interesse. È quanto si rileva in ordine ai diritti di credito: per quanto concerne il loro contenuto, infatti, la qualificazione del relativo interesse come strumentale o finale (come diretto, cioè, al conseguimento di un'utilità finale in relazione ad un bene ovvero ad un'utilità rispetto ad esso soltanto strumentale)

non può ricavarsi dal punto di vista interno all'obbligazione, giacché in questo senso vi è sempre un risultato da raggiungere, ma deve invece ricavarsi dall'esterno, mettendo in rapporto il risultato dedotto nell'obbligazione con l'interesse materiale del creditore¹⁵. Altro è invece il profilo non attinente al contenuto, ma alla struttura della situazione giuridica: in ordine a quest'ultima, infatti, il diritto di credito avrebbe sempre carattere strumentale, in quanto attiene ad un bene (finale o strumentale che sia) comunque in maniera mediata, ad un bene, cioè, che deve essere conseguito all'interno della sfera giuridica del soggetto creditore attraverso una prestazione che deve essere effettuata da parte del soggetto debitore¹⁶. In questa prospettiva, parrebbe allora che la distinzione tra riferimento al provvedimento e riferimento al bene della vita, nell'interesse legittimo, riecheggi quella che, nel diritto di credito, si ha tra la concezione personale e la concezione patrimoniale della situazione soggettiva: si è sempre al cospetto di una situazione di tipo creditizio, anche se cambia la sua caratterizzazione; ed il riferimento al bene finale deve considerarsi, comunque, un riferimento mediato dalla condotta altrui¹⁷. L'interesse legittimo è,

¹⁵ In questo senso il noto insegnamento di L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"* (*Studio critico*), I-III, in *Riv. dir. comm.*, 1954, ora in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 141 ss. Per una ricostruzione del problema in ordine all'ammissibilità della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato cfr. poi, tra gli altri, C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 1 ss.; A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, *ivi*, 2006, p. 797 ss.; F. PIRAINO, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, *ivi*, 2008, p. 83 ss.; ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, *cit.*, p. 509 ss., ed *ivi* gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁶ Cfr. in questo senso in particolare A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.* 2014, pp. 1199-1200.

¹⁷ La condivisibilità di tale conclusione appare chiara da quanto affermato da F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura*, *cit.*, p. 29, secondo cui fare riferimento al bene della vita, e non al provvedimento (al comportamento dell'Amministrazione), sarebbe come indicare che l'oggetto del diritto di credito è il bene derivante dalla prestazione del debitore anziché la prestazione stessa; cfr. anche ID., *L'interesse legittimo*, *cit.*, p. 413, n. 21. La contrapposizione richiamata dall'illustre A. è infatti quella tra tesi personale e tesi patrimoniale del diritto di credito: cfr. lo stesso F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura*, *loc. ult. cit.*, che, nel prendere in considerazione la pretesa, fa riferimento alle due impostazioni in ordine ad essa, come situazione diretta al conseguimento del bene, da un lato, e come comportamento idoneo a soddisfare l'interesse del titolare della situazione soggettiva, dall'altro, ritenendo più convincente questa seconda alternativa. Invero, si è visto come la contrapposizione in esame risulti più complessa di quanto potrebbe a prima vista apparire: la tesi patrimoniale, infatti, se pone ad oggetto del diritto di credito il

quindi, comunque rappresentato quale situazione giuridica di carattere strumentale, nel senso che la sua *struttura* ha il carattere strumentale proprio del diritto di credito¹⁸, senza che rispetto a quest'ultimo possa, sotto tale profilo, ravvisarsi alcuna differenza¹⁹.

Rimane allora da chiarire in che cosa l'interesse legittimo, e il relativo rapporto in cui si inserisce, possa trovare un suo profilo di differenziazione. La distinzione, si assume, risiederebbe in ciò, nel fatto che, in relazione all'interesse

bene, comunque ritiene che contenuto dell'obbligo sia la prestazione, descrivendo in tal modo una relazione mediata tra il creditore e il bene.

In questo senso, risulterebbe allora superabile non solo l'obiezione dell'A. di cui si è appena dato riscontro, ma anche quella rinvenibile in F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 416-417, che – nel rispondere a Greco, là dove quest'ultimo A. equipara il riferimento al provvedimento favorevole a quello al bene della vita (subito *supra*, in nota) – afferma che se si identifica l'oggetto dell'interesse legittimo con il bene, allora esso coinciderebbe, nel caso di interessi oppositivi, con l'oggetto del diritto soggettivo che rischia di essere estinto o ridotto dall'esercizio del potere, e, nel caso di interessi pretensivi, con l'aspettativa del diritto, rendendosi così in entrambi i casi superflua la figura stessa dell'interesse legittimo. La confusione delle due figure sarebbe infatti esclusa, se si considera invece il riferimento al bene come in ogni caso mediato dalla condotta altrui.

¹⁸ Lo stesso F.G. Scoca, che ne *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p. 130 ss. aveva dato preminenza al carattere della strumentalità, ha successivamente riconosciuto in ID., *Le situazioni giuridiche nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, 2017, p. 2464 (anche in *Dir. amm.*, 2014, p. 456), che “in effetti il ricorso all'idea che l'interesse legittimo fosse una situazione strumentale, o avesse ad oggetto un interesse strumentale, era stata affacciata in dottrina [*in nota*: da molti studiosi, me compreso] proprio per superare la difficoltà derivante dalla mancanza di garanzia di soddisfazione dell'interesse finale. Ma si deve riconoscere che essa non era idonea alla bisogna, perché anche l'interesse strumentale (avente ad oggetto, almeno secondo la mia ricostruzione, il provvedimento, o, comunque, l'azione dell'amministrazione, incidente sull'interesse sostanziale del privato) non aveva garanzia di soddisfazione; a meno che non lo si intendesse come semplice interesse all'adozione del provvedimento, e non, in senso pregnante, all'adozione del provvedimento favorevole al privato. Nel primo caso la soddisfazione è garantita, ma si spezza il nesso di strumentalità con l'interesse finale; nel secondo si mantiene tale nesso, ma non v'è garanzia di soddisfazione (nemmeno dell'interesse strumentale)”. In questo quadro, il rilievo della strumentalità non viene abbandonato, ma viene ricondotto alla prospettiva ‘dialogica’ dell'interesse legittimo, e alla sua strumentalità, cioè, quale interesse che vive nel procedimento, e che, in quanto tale, cerca di indirizzare la decisione in modo favorevole al suo titolare: cfr. ID., *op. loc. ult. cit.*; ID., *Contributo sulla figura*, cit., p. 25 ss., p. 32; ID., *L'interesse legittimo*, cit., p. 453 ss.; ID., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 19 ss. La strumentalità, in questo senso, sarebbe quindi attribuito riferibile al carattere dialogico e procedimentale della situazione considerata. Tuttavia, secondo quanto si spiegherà più approfonditamente nel proseguo, neppure la prospettiva appena rappresentata è idonea a risolvere in maniera differente la problematica concernente la riconducibilità dell'interesse legittimo alla pretesa.

¹⁹ Né potrebbe in proposito obiettarsi che, con riferimento ad una situazione di potere, a differenza di quanto avviene nel credito, una siffatta prospettiva non sarebbe accoglibile, in quanto l'assetto di interessi che consente di accedere (mediatamente) al bene non sarebbe attuale, non essendo il potere ancora stato esercitato (per quest'ordine di obiezione, R. VILLATA,

legittimo, l'interesse materiale oggetto della situazione giuridica non riceve sicura soddisfazione anche nel caso in cui siano rispettati i presupposti per il legittimo esercizio del potere; ciò, almeno, laddove l'interesse legittimo si ponga nei confronti di un potere di carattere discrezionale.

Tale carattere, tuttavia, non appare dirimente, in ragione delle seguenti considerazioni. Ammesso, secondo quanto si andrà meglio a specificare successivamente, che il potere possa avere carattere vincolato, va poi ritenuto che qualora, rispetto ad una norma che il potere disciplina, assuma rilevanza giuridica la posizione di un soggetto il cui interesse è volto a che il potere venga, o non venga, esercitato, la situazione di detto soggetto non potrebbe che rivestire, autonomamente considerata, la consistenza della pretesa, qualora la produzione della situazione effettuale sia configurata come doverosa. Una distinzione dell'interesse legittimo dalla pretesa, che si basi sull'impossibilità di far derivare dalla relativa normativa un carattere relazionale (di considerarla, cioè, come norma di relazione, come fonte di un obbligo e non di un mero dovere) anche laddove questa assicuri un'utilità corrispondente alla soddisfazione dell'interesse materiale del soggetto, non pare infatti discostarsi da una rappresentazione in cui la funzionalizzazione alla tutela dell'interesse pubblico, propria del potere, entri nella struttura della situazione giuridica soggettiva del privato caratterizzando quest'ultima come oggetto di tutela solo indiretta (come, cioè, interesse occasionalmente protetto). Se tale rappresentazione non si condivide, si dovrebbe allora coerentemente ammettere che la normativa concernente la situazione giuridica di potere esprima un carattere relazionale in ordine agli interessi coinvolti, senza che sia possibile distinguere in merito ad una presunta direzione a cui essa è rivolta. Non potrebbe, quindi, trovare giustificazione, in caso di attività vincolata, una distinzione strutturale tra l'interesse legittimo e una situazione giuridica avente i caratteri della pretesa.

Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo, in *Studi in onore di A. Amorth*, I, Milano, 1982, p. 717 ss.). Il rapporto a cui in proposito si deve fare riferimento, non è infatti quello relativo alla situazione effettuale prodotta dall'esercizio del potere, ma quello, già attuale, in cui il potere si inserisce come modalità deontica di un atto precettivo: sul punto cfr. *infra*, par. 7.

Una volta accolti i rilievi descritti, peraltro, il passo sembrerebbe breve per addivenirsi ad una compiuta individuazione della situazione giuridica di cui si sta dando riscontro, cioè quella si pone a fronte di un potere altrui, ricavando il suo oggetto da ciò a cui la pretesa può giuridicamente rivolgersi, senza che venga in conto la discrezionalità o la vincolatezza della relativa attività. In questo senso, se assumiamo che la qualificazione normativa dell'interesse del soggetto faccia corrispondere la protezione giuridica assicurata a detto interesse alla regolamentazione a cui il potere è sottoposto, l'interesse legittimo si verrebbe a configurare effettivamente come pretesa, rivolta nei confronti del soggetto a cui è attribuito il potere, rispetto a quanto giuridicamente garantito; e tale configurazione, si aggiunge, varrebbe a prescindere dal carattere vincolato o meno del potere stesso, solo affermandosi che, nell'ipotesi di potere discrezionale, l'interesse materiale del soggetto non coincida con l'oggetto della protezione giuridica (il *contenuto* della situazione giuridica di carattere strumentale sarebbe cioè un interesse da considerarsi strumentale rispetto all'utilità materiale auspicata dal soggetto).

Rimane, a questo punto, un ultimo elemento di possibile differenziazione da valutare, nell'ambito del filone ricostruttivo a cui si sta facendo riferimento. Si deve, cioè, considerare se una possibile distinzione strutturale possa essere ricercata nella c.d. dimensione dialogica dell'interesse legittimo, come pure è stato affermato²⁰.

Tale tentativo merita, sotto un profilo di ordine generale, particolare attenzione, in quanto rivolto, a ben vedere, a ricercare una particolare configurazione dell'interesse legittimo attraverso la correlazione tra situazione giuridica e funzione amministrativa; correlazione che, tuttavia, non farebbe riferimento, come nelle tesi più risalenti, all'elemento della subordinazione all'interesse pubblico, ma scaturirebbe dal rilievo conferito alla connotazione strutturale della

²⁰ In questo senso, cfr. la declinazione assunta dalla tesi di F.G. Scoca, secondo quanto riportato *supra*, n. 18. Per altre posizioni simili, si rimanda all'analisi effettuata in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 188 ss.

funzione. Si segue così un percorso che, come si vedrà compiutamente nel proseguo, merita di essere valorizzato, ancorché esso, si ritiene, debba essere svolto in maniera differente rispetto al conferimento di rilievo, a tal proposito, alla dimensione dialogica della funzione.

Non sembra, infatti, che il riferimento a quest'ultima consenta di pervenire al risultato auspicato in ordine alla considerazione dell'interesse legittimo, perlomeno non nel senso che da essa possa in sé ricavarsi un carattere strutturale tale da far discostare la figura in esame dalle logiche sin qui descritte. Invece, detta dimensione dialogica in nient'altro si risolve se non nel considerare che la situazione di pretesa del privato è soggetta ad una decisione di verifica di sussistenza delle relative condizioni da parte dell'Amministrazione, in un procedimento in cui lo stesso privato è legittimato a partecipare.

Lo scenario è simile a quanto avviene nel processo giurisdizionale costitutivo, per i casi in cui l'oggetto del giudizio è l'azione concreta, la pretesa, cioè, rivolta al giudice di produrre un determinato effetto²¹. Rispetto ad una siffatta pretesa è sì prescritta, quale adempimento procedurale per poter porre in essere la situazione effettuale, una previa attività di verifica dell'effettiva sussistenza della situazione giuridica stessa: questa prescrizione, tuttavia, non muta la consistenza della situazione giuridica (perlomeno, non la muta sulla base delle considerazioni a cui si sta facendo riferimento), ma semplicemente attribuisce giuridica rilevanza, nelle forme e nei modi stabiliti, ad un'attività (quella volta a verificare che la situazione fatta valere sia effettivamente esistente) che qualunque operatore può porre in essere prima di adempiere una sua obbligazione, solo non assumendo generalmente essa rilievo giuridico. Il profilo della partecipazione, e della possibile influenza dell'autorità decidente, riguarda l'esercizio di un'altra categoria di situazioni giuridiche, quelle afferenti all'azione in senso astratto, solitamente ascritte, in relazione al procedimento amministrativo, alle

²¹ Sul rilievo dell'azione concreta nell'ambito del processo giurisdizionale, si rimanda interamente a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 97 ss. e 121 ss.

situazioni di ordine procedimentale, a prescindere che le si consideri o meno autonome²².

In questi termini, può dirsi allora che la caratterizzazione dialogica dell'interesse legittimo non sia rilevante né in ordine all'esclusione della considerazione della situazione giuridica del privato nel senso di una pretesa (in senso tecnico) nei confronti del potere, né in merito al declinarsi del suo oggetto. Sia che il potere sia vincolato, per cui si è al cospetto di un'attività di accertamento, sia che il potere sia discrezionale, per cui si è di fronte ad una scelta che esula (si deve considerare esulare) dall'ambito dell'accertamento, la pretesa deve essere rapportata alla regolamentazione normativa del potere stesso. Ciò che rispetto ad essa rileva è quindi la possibilità, la cui consistenza scaturisce dal tenore di detta regolamentazione, di ottenere il provvedimento favorevole; mentre la facoltà di rappresentazione della propria situazione giuridica, atta ad influire sul merito, non connota in maniera differente la pretesa del privato nei confronti dell'esercizio del potere, ma solo rappresenta l'espressione dei poteri procedurali, intesi in senso astratto, ad essa collegati²³.

²² In tale prospettiva, giustamente si è allora ritenuto in dottrina che, con riferimento alla tesi in esame, si dovrebbe in realtà espungere dall'oggetto della situazione giuridica di interesse legittimo, che solo potrebbe rapportarsi a ciò che risulta garantito, il riferito profilo dinamico, e lo si dovrebbe porre direttamente in relazione con le facoltà procedurali, intese nel loro carattere astratto e neutrale. In questo senso, la facoltà procedimentale (ricompresa nell'interesse legittimo, o considerata come situazione giuridica procedurale autonoma, a seconda dell'impostazione che si predilige) è volta, attraverso il suo esercizio, ad influire con la propria rappresentazione sulla scelta amministrativa, ma la garanzia giuridica propria della situazione soggettiva (o della differenti situazioni soggettive, quella sostanziale e quelle procedurali) ha(nno) ad oggetto, da un lato, il rispetto della regolamentazione sostanziale del potere, e, dall'altro, l'esercizio, in sé considerato, delle facoltà stesse. In questo senso la critica di L. FERRARA, *Statica e dinamica dell'interesse legittimo: appunti*, in *Colloquio sull'interesse legittimo, Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, p. 108 ss.

²³ In tal modo, la tesi di Scoca finisce per porsi, nella sostanza, in una prospettiva analoga a quella della Scuola fiorentina, e in particolare di L. Ferrara, che rappresenta l'interesse legittimo come pretesa alla possibilità normativa (la *chance* legale) del risultato favorevole, su cui ci si soffermerà subito *infra*, al par. successivo. Le ulteriori argomentazioni (non riconducibilità del dovere all'obbligo; mancanza di attualità dell'assetto di interessi) che impediscono, secondo F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura*, cit., pp. 29-30; *L'interesse legittimo*, cit., p. 413, n. 20, la riconducibilità dell'interesse legittimo ad una pretesa, infatti, non possono trovare condivisione (cfr., rispettivamente, *supra*, nel testo e n. 19); mentre la formula dialogica della strumentalità si risolve nei termini visti nel testo.

Sotto tale profilo, risulta allora emblematico che lo stesso F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 266 ss., facendo riferimento alla tesi di L. Ferrara sull'interesse legittimo quale diritto

3. La mancanza di autonomia concettuale di quella che si è definita strumentalità indiretta e la crisi della concezione dell'interesse legittimo. La pretesa all'utilità strumentale. L'impostazione della Scuola fiorentina.

La configurazione dell'interesse legittimo come situazione giuridica di carattere strumentale, avente ad oggetto l'interesse materiale del suo titolare a che la situazione effettuale, al potere corrispondente, sia posta o non sia posta in essere, mostra dunque la sua ambiguità in ragione della mancanza di un necessario collegamento diretto tra detto interesse materiale e la regolamentazione normativa relativa alla corrispondente situazione giuridica. Mancando la garanzia giuridica della soddisfazione dell'interesse materiale, la logica che sembrerebbe doversi seguire parrebbe allora, come detto, più semplicemente un'altra: non ricercare una struttura riferibile alla situazione soggettiva di interesse legittimo che non coincida con quella propria della pretesa, ma, piuttosto, individuare un oggetto differente, in ordine ad una situazione giuridica che si ponga appunto nei termini di una pretesa. In questo senso, si deve, cioè, riconoscere che una situazione giuridica di carattere soltanto *indirettamente* strumentale rispetto al proprio oggetto (nel senso, appunto, di un interesse ad una prestazione rispetto alla quale non vi è garanzia giuridica del suo conseguimento) si risolva in una situazione di carattere propriamente strumentale (una pretesa in senso tecnico) rispetto ad un oggetto differente: la rappresentazione dell'interesse legittimo descritta al paragrafo precedente *non avrebbe quindi, nella sostanza, una propria autonomia concettuale* rispetto ad una situazione giuridica configurabile nei termini di una pretesa in senso proprio a ciò che è normativamente previsto, alla quale sarebbero ascritte (o connesse, se considerate come situazioni au-

di credito avente ad oggetto la possibilità normativa del risultato favorevole, la ritenga condivisibile in ragione delle precisazioni effettuate in L. FERRARA, *Statica e dinamica*, loc. ult. cit., nel momento in cui questo A. recupera la fase dinamica, centrale come visto nella ricostruzione di Scoca, nell'ambito delle facoltà procedimentali (cfr. la nota precedente). In questo modo, l'illustre A. sembra infatti implicitamente riconoscere che la Sua tesi non sarebbe differente da quella dell'interesse legittimo come diritto di credito, nel senso fatto proprio da L. Ferrara, e in generale dalla Scuola fiorentina: parrebbe dunque esservi una sintesi con la posizione ora riferita, sintesi che però dovrebbe ragionevolmente portare al risultato da noi esposto nel testo (e, quindi, sostanzialmente, alla negazione dell'autonomia concettuale dell'interesse legittimo come inteso da Scoca).

tonome) le pretese di carattere procedimentale. Non vi può essere, in altri termini, contrapposizione tra una situazione giuridica che si confronta con il potere, avente ad oggetto il provvedimento favorevole in relazione di strumentalità (definibile) meramente indiretta, e una situazione di carattere propriamente strumentale (pretesa), avente ad oggetto un bene strumentale rispetto a detto provvedimento: l'interesse legittimo si risolve comunque in una pretesa, ma il suo oggetto non sarebbe il bene della vita/provvedimento favorevole.

Si viene per tale via a configurare un modello di rapporto che presenta alternative variamente strutturate nella descrizione della relazione tra l'Amministrazione titolare del potere e i soggetti nella cui sfera il potere stesso può incidere, le quali possono riassumersi in questi termini: vi sono obblighi di prestazione a cui sono riconducibili le pretese procedimentali, rispetto ai quali la relazione di carattere sostanziale è estranea e può essere descritta in vario modo (solitamente, da parte della dottrina amministrativistica, nei termini tradizionali dell'interesse legittimo)²⁴; vi è un obbligo di prestazione a cui è riconducibile la pretesa che attiene al rapporto di carattere sostanziale, in ordine al quale il rispetto delle garanzie formali e procedurali attiene agli obblighi secondari di comportamento che caratterizzano il rapporto stesso²⁵; vi è un obbligo di prestazione a cui sono riconducibili tutte le garanzie concernenti l'esercizio del potere²⁶; non vi sono obblighi di prestazione, e tutte le garanzie attengono ad una c.d. obbligazione senza prestazione²⁷.

²⁴In questo senso in particolare M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 557 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, p. 133 ss.; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, p. 27 ss. (in relazione all'interesse al rispetto del termine di conclusione del procedimento a fronte di una posizione del privato di carattere pretensivo); F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013, p. 75 ss.

²⁵Questa ricostruzione si ritrova in L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, su cui subito *infra*.

²⁶Come ad es. nell'impostazione A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, p. 153 ss., su cui subito *infra*, in nota.

²⁷Cfr. in particolare l'impostazione di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 647 ss.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1264 ss.; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 219 ss., spec. p.

In particolare, il filone dottrinale che, nell'ambito del diritto amministrativo, si è specificamente speso nella ricostruzione della posizione del privato che fronteggia un potere nei termini di un diritto di credito al rispetto della regolamentazione concernente l'esercizio del potere stesso, raffigurando quest'ultima, appunto, nei termini della prestazione a cui la pretesa fa riferimento, si è caratterizzato nel senso di riscontrare, nelle norme che disciplinano l'esercizio del potere, dei vincoli in capo alla P.A., rispetto ai quali si viene a configurare un rapporto, giuridicamente rilevante, tra la stessa Amministrazione e chi ha un interesse al loro rispetto²⁸. Vi è, in questo senso, la considerazione delle regole sull'esercizio del potere non quali attinenti alla disciplina meramente interna dell'azione amministrativa, e come tali inidonee a fondare una relazione di diritto-obbligo, ma come norme di relazione. Al soggetto, portatore di detto interesse, si riconosce dunque una pretesa giuridicamente rilevante (un diritto a struttura creditizia) al rispetto di tali vincoli²⁹. In questa prospetti-

237 ss.; ID., *La "civiltà" della pubblica amministrazione*, in *Eur. dir. civ.*, 2013, p. 637 ss.

²⁸La posizione da cui tradizionalmente si prendono le mosse è quella di E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, p. 257 ss.; ID., *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, 1963, ora in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, pp. 111 ss., 125 ss., il quale ha affermato che interesse legittimo e diritto soggettivo non si caratterizzerebbero per l'identità dell'oggetto tutelato a fronte di una diversa intensità della tutela, ma, al contrario, sarebbero entrambe situazioni tutelate direttamente e pienamente, ma volte a garantire un bene diverso. Detto bene, nel caso dell'interesse legittimo, è quello garantito dalle norme di azione, che disciplinano l'esercizio del potere (le quali, nella concezione dell'A., tutelano direttamente, e non solo occasionalmente e di riflesso, l'interesse del privato); e corrisponde, pertanto, ai vantaggi sostanziali assicurati da queste stesse norme (le modalità sostanziali prescritte in relazione all'espletamento di una gara, ecc.). Secondo tale impostazione, quindi, la protezione giuridica dell'interesse legittimo è assicurata dalla condotta legittima dell'autorità amministrativa (come tale, rispettosa delle norme di azione); l'interesse legittimo (p. 133, n. 4) non coincide, però, con l'interesse alla mera legalità degli atti, perché esso si configura solo in ragione della relazione tra un interesse personale del privato e una norma di azione.

²⁹È questa la generale impostazione fatta propria dalla Scuola fiorentina, nelle sue differenti declinazioni.

In particolare, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., p. 153 ss., nel rappresentare l'esigenza di ristabilire una netta distinzione tra l'area regolata dalle legge (legittimità) e area riservata all'autonomia dell'Amministrazione (merito, che non discenderebbe tanto dall'assenza della legge, quanto da un'ineliminabile riserva di amministrazione, intesa come area entro la quale si svolge l'autonomia e la responsabilità politica della P.A. in quanto democraticamente legittimata), ha ritenuto che le norme che regolano il potere discrezionale, se da un lato non garantiscono l'utilità finale del soggetto privato, dall'altro neppure riguardano il merito in quanto tale. Se all'area non regolata corrisponde un potere dispositivo libero del soggetto, ri-

va, le regole, a cui l'Amministrazione deve rapportarsi, e rispetto alle quali il privato vanta, nei confronti di essa, una pretesa in senso proprio, sono state peraltro oggetto di una specifica individuazione, volta a depurarle da ogni substrato proprio della struttura pubblicistica: esse consisterebbero nelle prescrizioni normative determinate che disciplinano l'azione amministrativa; nelle clausole generali a questa applicabili, essenzialmente risolte nella buona fede e correttezza, e nei principi speciali dell'attività amministrativa di imparzialità e buon andamento; nella norma di fine, laddove, come nel caso del potere amministrativo, è prescritto che l'atto di esercizio del potere sia volto al perseguimento di una particolare finalità³⁰. All'esterno delle regole, e quindi del rapporto, si situa invece ciò che attiene alla scelta discrezionale in senso proprio, rispetto alla quale non si configura alcun vincolo, essendo stati ascritti, quelli relativi alla funzione, all'ambito delle regole³¹. In questi termini, l'area esterna rispetto alle regole è l'area di libera scelta riservata all'Amministrazione (il merito, insindacabile in sede giudiziaria), che le deriva dalla sua posizione istituzionale: vi è dunque una totale risoluzione della discrezionalità nel merito³². Tale area,

spetto all'ambito del rapporto regolato dalla legge – ricomprensivo dell'area delimitata dal vincolo di scopo, che riguarda i limiti esterni del potere discrezionale, e che non sarebbe fondamentalmente diversa da quella relativa alla causa del negozio giuridico – è configurabile una situazione giuridica volta ad ottenere tutela diretta rispetto a quello che è il suo oggetto: un diritto soggettivo, cioè, *alla legittimità dell'atto*; il quale deve essere inteso, viene aggiunto, non quale interesse indifferenziato alla obiettiva legalità, ma come interesse di uno specifico soggetto, relativamente ad un bene determinato, a che la particolare regola del rapporto venga osservata. In questo modo, il potere si colloca nell'area del merito, mentre vi è sempre un diritto a fronte di ciò che è garantito dalla legge.

³⁰ È la prospettazione di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, spec. p. 176 ss.

³¹ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., p. 153 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 168 ss.; ID., *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 73 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., *passim*, spec. p. 352 ss. Si veda anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 762 ss., di cui cfr. anche ID., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, p. 203, n. 183. Aderisce a questa impostazione, da ultimo, G. POLI, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 863 ss.

³² Rileva S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo*, cit., p. 767, che nell'impostazione di A. Orsi Battaglini si viene a togliere qualsiasi valenza euristica alla nozione di discrezionalità, corrispondendo, questa, soltanto ad un altro nome che si dà al merito. In altri termini, seguendo l'insegnamento di A. Orsi Battaglini, si ha quindi una *mutua esclusione tra regole e potere*.

corrispondendo, infatti, all'assenza di regole, è estranea a qualsiasi funzionalizzazione degli interessi coinvolti: per tale via, si è allora ulteriormente pervenuti alla completa estromissione delle categorie di validità proprie del diritto amministrativo (l'eccesso di potere), in favore di un modello di sindacato basato invece sulle regole del rapporto, sul presupposto che soltanto il secondo sia idoneo a costituire un canone di valutazione della validità dell'atto amministrativo (e in generale della correttezza dell'azione della P.A.) che non passi attraverso la funzionalizzazione all'interesse pubblico³³.

Il potere, nella prospettiva in esame, viene fatto corrispondere allo spazio di libertà riservato all'Amministrazione, rispetto al quale il privato non può vantare nessuna pretesa giuridicamente rilevante: si riscontra, in questo senso, una mutua esclusione tra regole e potere³⁴. La situazione giuridica, che il privato vanta all'interno del rapporto, a cui il potere è dunque estraneo, è un diritto al rispetto dei vincoli a cui l'azione amministrativa è assoggettata: un diritto, quindi, alla legittimità dell'atto, da intendersi come situazione opportunamente individualizzata in capo ad un soggetto determinato³⁵.

All'interno del filone dottrinale che si sta analizzando, la più compiuta declinazione della situazione giuridica soggettiva che si pone nei confronti del(le regole che circondano il) potere, si è avuta, in particolare, da parte di chi ha considerato l'interesse legittimo quale diritto all'attuazione della possibilità

³³ Si veda C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., spec. pp. XI ss., 3 ss., 161 ss. e 223 ss. Cfr. anche ID., *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., p. 131 ss.; ID., *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, p. 63 ss. Una prospettiva simile, pur con riferimento al regime del potere privato (pubblico privatizzato) in rapporto con quello del potere pubblico, si ritrova in A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, p. 5 ss., spec. pp. 125 ss., 196 ss., 217 ss. e 243 ss.

³⁴ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo*, cit., p. 765, sempre sull'impostazione di A. Orsi Battaglini.

³⁵ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., p. 165 ss.; C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 34 ss., p. 44; ID., *Un diritto "non amministrativo"*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 136 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 341 ss.; nonché, ovviamente, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., p. 139 ss., sul quale subito di seguito, nel testo e in nota.

normativa del risultato favorevole³⁶. L'interesse legittimo, in tale ricostruzione, assume una particolare consistenza rispetto al generico riferimento alla legittimità dell'atto. In questo senso, infatti, le regole sostanziali che vincolano l'azione amministrativa (che disciplinano, cioè, la componente doverosa del potere) vengono considerate come presupposti da cui si ricavano gli elementi del fatto costitutivo della situazione giuridica; l'interesse legittimo, quindi, in tanto sussiste in quanto sia integrato il suo fatto costitutivo corrispondente agli elementi vincolati, di natura sostanziale, che disciplinano l'azione amministrativa³⁷. L'oggetto della situazione giuridica dipende poi dalla struttura normativa della fattispecie concernente il singolo potere. Il contenuto della prestazione muta, infatti, a seconda della natura del provvedimento previsto dalla norma, se vincolato o discrezionale³⁸. La prestazione è rappresentata dall'attribuzione del bene materiale, nel primo caso. Mentre, in caso di attività discrezionale, si fa riferimento all'attuazione della *chance* risultante dalla legge, intesa come possibilità normativa di un risultato favorevole: tale attuazione avviene attraverso la corretta applicazione delle norme sostanziali, elastiche ed essenzialmente di

³⁶ Il riferimento è a L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., spec. p. 105 ss.; ID., *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 643 ss.; ID., *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., p. 636 ss.; ID., *Individuo e potere*, cit., p. 53 ss.; ID., *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 723 ss.

In particolare, l'A. è partito dalla negazione del dovere quale situazione giuridica irrelata contrapposta all'obbligo, giacché, si dice, essendo sempre configurabile un destinatario della condotta, quando non determinato, quantomeno determinabile, detta situazione, se sussistente come tale, si risolverebbe sempre nell'ambito di un rapporto: ID., *Dal giudizio*, cit., pp. 107 ss. e 117 ss. Negata la categoria del dovere, l'inconsistenza di quella delle norme d'azione è infatti conseguente (p. 134 ss.): non può configurarsi una norma che, nel regolare l'esercizio del potere, si rivolga soltanto a colui al quale il potere stesso è attribuito, "la norma d'azione ha similmente da essere norma di relazione" (p. 135). L'interesse legittimo, in questa prospettiva, si inserisce all'interno del rapporto che dalla normativa scaturisce, e si declina come diritto ad una prestazione a carico dell'autorità procedente.

³⁷ L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., p. 645; ID., *Individuo e potere*, cit., p. 60; ID., *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione*, cit., p. 734 ss. Si badi che l'A. fa riferimento, nella sua ricostruzione, agli interessi legittimi di tipo pretensivo. Per quelli oppositivi, si afferma (L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 56 ss.) che il loro oggetto può farsi corrispondere al bene materiale o finale, così da non rendere distinguibile la situazione giuridica da quella dei più tradizionali diritti soggettivi; in ordine ad essa dovrebbe costruirsi l'oggetto del processo amministrativo, come giudizio sul rapporto.

³⁸ L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., pp. 139 ss. e 150 ss.; ID., *Domanda giudiziale*, cit., pp. 645-646.

principio, che disciplinano il potere discrezionale³⁹. Il diritto all'attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole (sussiste, cioè, un interesse legittimo) laddove si ravvisino in concreto i presupposti sostanziali, di natura vincolata, dell'esercizio del potere (il fatto costitutivo dell'interesse legittimo); in mancanza, non vi è un diritto a tale possibilità (non vi è un interesse legittimo). L'attuazione della possibilità normativa, a sua volta, corrisponde all'attribuzione dell'utilità finale, ovvero al corretto esercizio della discrezionalità, a seconda dell'attività che viene in questione. In rapporto all'interesse legittimo, l'Ammi-

³⁹ Cfr. in particolare quanto affermato da L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, cit., p. 643 ss., ove si specifica che la *chance* non deve essere collegata al bene della vita, perché in tal modo dipenderebbe dall'esercizio del potere, riflettendosi sul merito amministrativo (cosicché non potrebbe essere l'oggetto dell'interesse legittimo). Più in generale, la *chance* deve essere collegata non ad elementi di fatto (numero di concorrenti alla gara, ecc.), ma alla disciplina legale a cui si fa riferimento: la *chance* è quindi la (più o meno ampia) possibilità normativa di un risultato favorevole. Gli elementi di fatto rilevanti sono soltanto quelli sussumibili nella disciplina legale della fattispecie, attraverso la quale si determina l'*esistenza* della possibilità di conseguire il risultato, che deve essere certa; mentre l'incertezza riguarda la *consistenza* di tale possibilità, cioè il livello di probabilità di conseguire l'utilità, che dipende dalla completezza della disciplina legale (e quindi, conseguentemente, dall'ampiezza del tasso di discrezionalità). In questo senso, (ID., *Domanda giudiziale*, cit., p. 645-646; ID., *Individuo e potere*, cit., p. 60) la sussistenza della situazione giuridica è data, come detto, dalla presenza degli elementi vincolati della fattispecie, e l'esercizio del potere discrezionale rileva in quanto attraverso di esso avviene l'attuazione della *chance*, in merito alla quale deve farsi corretta applicazione delle norme sostanziali, elastiche e sostanzialmente di principio, che disciplinano l'esercizio del potere discrezionale stesso.

Si superano, in questo modo, i rilievi di F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 873 ss., spec. p. 880 ss., secondo la quale l'interesse legittimo come *chance*, ancorché sia un'immagine suggestiva, non sarebbe tecnicamente valida: rileva infatti quest'ultima A., da un lato, che alla *chance* è attribuita rilevanza giuridica, quale bene risarcibile, soltanto quando irrimediabilmente perduta, e non anche quando è ancora possibile conseguire l'utilità; dall'altro, che, ancorché in caso di *chance* non vi sia certezza del risultato positivo, vi dovrebbe essere certezza della possibilità del risultato positivo, cosicché, a prescindere dalla consistenza di detta possibilità, vi deve essere sempre la sua esistenza, e non in tutti i casi di violazione di un interesse legittimo ciò sarebbe ravvisabile. Si replica da parte di L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 61 ss., da un lato, che la concezione della *chance* che prende consistenza al momento della lesione si lega ad un contesto di responsabilità extracontrattuale, e non sarebbe dunque quella propria dell'interesse legittimo, il quale si inserisce invece, come visto, all'interno di un rapporto (cfr. anche, in proposito, per la distinzione tra *chance* c.d. interna, propria delle situazioni giuridiche a soddisfazione non garantita e del rapporto in cui si inseriscono, e *chance* c.d. esterna, che va oltre il rapporto, G. VERCILLO, *La tutela della "chance". Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, pp. 42 ss. e 70 ss.); dall'altro, che i casi in cui non sussiste la possibilità di un risultato positivo sarebbero quelli, appunto, in cui mancherebbero, in concreto, gli elementi del fatto costitutivo dell'interesse legittimo (i presupposti sostanziali, di natura vincolata, dell'esercizio del potere), cosicché all'inesistenza della possibilità normativa del risultato favorevole conseguirebbe l'inesistenza dell'interesse legittimo; mentre, laddove l'interesse legittimo sussista, e la discrezionalità sia stata male esercitata, allora esisterebbe anche la *chance* legale, di cui, tuttavia, si verrebbe appunto privati in ragione della sua incorretta attuazione.

nistrazione versa in una situazione di obbligo in senso stretto, rispetto al quale rimarrebbe estraneo l'esercizio del potere discrezionale nella sua componente non riferita alle regole sostanziali (la componente non vincolata: il merito)⁴⁰.

Nello scenario complessivamente prospettato dal filone dottrinale in esame, l'oggetto del giudizio risulta idoneo ad essere rappresentato nei termini della situazione giuridica di interesse legittimo del privato, configurata, appunto, come diritto a struttura creditizia⁴¹. L'interesse legittimo, consistendo, quindi, in una pretesa, verrebbe posto ad oggetto dell'accertamento attraverso l'azione di condanna ad un *facere*: più in particolare, detta azione sarebbe il rimedio esperibile nei casi di attività discrezionale⁴²; nell'ipotesi in cui l'attività sia invece vincolata, la tutela dovrebbe essere di ordine costitutivo⁴³, attenendo l'elemento della costitutività degli effetti all'esecuzione di un'attività giuridica prescritta dalla sentenza⁴⁴. La cosa giudicata, in tale rappresentazione, avrebbe così

⁴⁰ Nel binomio diritto di credito-obbligo, infatti, secondo l'impostazione già descritta, non vi è posto per questa relazione, che viene invece a configurare un diverso rapporto tra situazioni giuridiche, consistenti nel potere dell'Amministrazione a fronte del quale si configura la soggezione del privato: il rapporto, in questo senso, concerne sempre una situazione attiva (interesse legittimo, potere) a fronte di una situazione passiva (rispettivamente: obbligo, soggezione), non due situazioni attive in correlazione tra loro (interesse legittimo e potere): L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., p. 168 ss.; ID., *Statica e dinamica*, cit., p. 109 ss.; ID., *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, pp. 5582-5583.

⁴¹ L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., p. 208 ss.; ID., *Domanda giudiziale*, cit., p. 641 ss. Cfr. anche C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., pp. 341 ss. e 369 ss.; nonché A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto*, cit., pp. 51 ss. e 165 ss., che ha proposto peraltro (p. 175 ss.), quale soluzione costituzionalmente necessitata in relazione al carattere individualistico e all'effettività della tutela nel senso declinato dallo stesso A., un criterio di riparto di giurisdizione che si basi sul *petitum*.

⁴² L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., p. 208 ss.; ID., *Domanda giudiziale*, cit., pp. 652 ss., 659-660: in questo senso, la condanna ha appunto ad oggetto l'attuazione della *chance* legale, rimasta inadempita.

⁴³ L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., pp. 216-217; ID., *Domanda giudiziale*, cit., p. 647 ss.

⁴⁴ Sul punto va peraltro evidenziato che, ancorché la considerazione della forma di tutela costitutiva in tali ipotesi ci trova del tutto d'accordo sotto il profilo teorico (cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 121 ss.), sussistono al suo riconoscimento nel processo amministrativo (come già avevamo rilevato ne *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, p. 218 ss.; *L'azione di condanna ad un facere Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, Napoli, 2018, p. 129, n. 158) ostacoli di diritto positivo, riscontrabili all'art. 34, lett. d), c.p.a., che limita le decisioni costitutive diverse dall'annullamento alle ipotesi di giurisdizione di merito, cosicché la tutela dovrebbe comunque avere natura di condanna.

ad oggetto la situazione giuridica, individuata nei termini di cui si è dato riscontro. In particolare, il diritto all'attuazione della possibilità normativa, inteso nel senso descritto, coprirebbe tutti gli elementi rigidi del rapporto (più correttamente, i soli elementi che costituiscono il rapporto interesse legittimo-obbligo): si prescinde, dunque, dal vizio dedotto, che, secondo la comune impostazione processualistica, non è parte dell'oggetto del giudizio (e, corrispondentemente, del giudicato), ma soltanto individua il fatto lesivo del diritto di credito.

Tale considerazione della situazione giuridica significa anche che – si badi bene – con riferimento all'attuazione della *chance* legale per le ipotesi di potere discrezionale, le valutazioni discrezionali effettuate non sono coperte dal giudicato, giacché esse non attengono alla situazione giuridica, ma rappresentano le modalità con cui l'adempimento è compiuto⁴⁵ (e quindi integrano l'inadempimento, se attinenti ai vizi di illegittimità riscontrati⁴⁶). Il giudicato, in altri termini, concerne la situazione giuridica oggetto del giudizio (e, corrispondentemente, il relativo rapporto diritto-obbligo), rispetto alla quale la scelta discrezionale risulta estranea. La condanna che deriva dall'accertamento del diritto all'attuazione della possibilità normativa, e della sua lesione, avrà così sempre come oggetto, nelle ipotesi ora in considerazione, il corretto esercizio della discrezionalità⁴⁷: ne consegue che una scelta già effettuata non potrà comunque risultare coperta dal giudicato, e quindi preclusa ad una successiva nuova valutazione

⁴⁵ L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., pp. 658-659.

⁴⁶ L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., pp. 646-647 e 659.

⁴⁷ La circostanza che le valutazioni discrezionali rappresentino le modalità dell'adempimento rispetto ad un diritto all'attuazione della possibilità normativa (sussistente, si ripete, se sussiste il suo fatto costitutivo, rappresentato dagli elementi rigidi, di natura sostanziale, della fattispecie) significa anche che esse attengono, come tali, ai modi di esecuzione dell'obbligazione. Conseguentemente, dette valutazioni devono essere oggetto di esame del giudice dell'esecuzione (rappresentata, nel giudizio amministrativo, dall'ottemperanza), laddove vengano in questione successivamente all'adozione della sentenza di condanna. In altri termini, qualora si contesti, dopo la condanna, che l'Amministrazione abbia effettivamente adempiuto attraverso la corretta attuazione della *chance* (quindi, qualora si contesti la legittimità del provvedimento adottato dopo la pronuncia del giudice), la relativa questione dovrà essere conosciuta dal giudice dell'esecuzione, attenendo, appunto, alle modalità di esecuzione di un credito già compiutamente individuato nel suo oggetto in sede di cognizione: L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., p. 659 ss.

(l'Amministrazione potrà sostituire ad una scelta discrezionale legittima un'altra scelta parimenti legittima)⁴⁸.

4. Inaccoglibilità della tesi dell'interesse legittimo come pretesa all'utilità strumentale in ragione del rilievo che deve essere riconosciuto, in ordine al potere amministrativo, alla struttura normativa della funzione

Ora, alla ricostruzione appena riportata del potere e della situazione che con essa si rapporta potrebbero muoversi dei rilievi di ordine strutturale, laddove non si condivida, come da parte di chi scrive non si ritiene di dover condividere, la configurazione delle situazioni giuridiche sulla base di una distinzione tra potere-soggezione, da un lato, e diritto-obbligo, dall'altro (relazioni che, come si avrà modo di spiegare, non sono distinte tra loro, ma attengono, rispettivamente, al profilo strutturale e a quello deontico di situazioni da considerarsi, sotto il profilo di teoria generale, in senso atomistico⁴⁹); ovvero della negazione, a tale configurazione direttamente correlata, della presenza del potere a fronte di un'attività vincolata.

Poste in queste termini, tuttavia, le obiezioni ad una siffatta teoria non sarebbero dirimenti. Sarebbe infatti comunque possibile recuperare la relativa impostazione, ponendola in maniera compatibile con la differente ricostruzione del potere alla quale si ritiene di dover aderire. In particolare, seguendo la dottrina in esame, sarebbe ravvisabile, ponendoci in un'ottica che si andrà meglio a specificare nel proseguo della trattazione, una situazione giuridica di po-

⁴⁸ Si vuole dire, cioè, che la condanna risulta sempre uguale a se stessa, e ha ad oggetto, a seconda del contenuto della situazione giuridica nelle singole ipotesi, l'attribuzione dell'utilità finale, in caso di attività normativamente vincolata, o il corretto esercizio della discrezionalità, in caso di attività normativamente discrezionale. L'esaurimento della discrezionalità in ragione di una scelta già effettuata (esaurimento della discrezionalità in senso proprio) non potrebbe quindi essere coperta dal giudicato. A ben vedere, poi, anche nel caso ulteriore, in cui vi sia discrezionalità in astratto ma sia possibile nel caso concreto una sola scelta legittima (assenza della discrezionalità in concreto in senso proprio), l'attribuzione dell'utilità finale costituirebbe soltanto una conseguenza pratica della condanna al corretto esercizio della discrezionalità, non risultando, in sé, coperta dal giudicato: potrebbe, quindi, successivamente mettersi in discussione l'effettiva insussistenza di ulteriori alternative legittime, non coprendo, l'accertamento del giudice, tale circostanza.

⁴⁹ Sul punto, cfr. *infra*, par. 7.

tere, che, nell'ipotesi di attività vincolata, corrisponderebbe ad un obbligo a porre in essere un effetto precettivo (sussistente se sussiste il relativo fatto costitutivo), rispetto al quale si pone la relativa pretesa del privato; in caso di attività discrezionale, invece, detta situazione consisterebbe in una facoltà di porre in essere un effetto precettivo (anche in tal caso sussistente se sussiste il relativo fatto costitutivo), in relazione all'esercizio della quale, nella complessità del rapporto, sono presenti determinati vincoli, a cui si viene a rapportare la pretesa del privato⁵⁰. Tuttavia, è sotto un profilo di ordine più generale, riconducibile alla struttura del modello di produzione giuridica a cui è riferibile il potere amministrativo, che l'impostazione considerata non ci pare condivisibile.

La problematica deve prendere le mosse dai presupposti teorici concernenti la concezione del potere, e la posizione del soggetto rispetto all'ordinamento, da cui muove in generale il complessivo indirizzo ricostruttivo appena esaminato. L'impostazione che si è avuto modo di rappresentare è stata infatti sostenuta da chi ha ravvisato la necessità di recuperare la centralità della sfera individuale nel suo rapporto con il potere, nel momento in cui invece il generale processo di funzionalizzazione dell'attività amministrativa ha portato, al contrario, a risolvere i differenti profili soggettivi all'interno di una tendenziale oggettivizzazione della funzione⁵¹. Quest'ultima prospettiva si è inserita nel qua-

⁵⁰ Si rimanda ancora a quanto si dirà *infra*, par. 7.

⁵¹ L'impostazione volta alla tendenziale oggettivizzazione dell'Amministrazione è quella che fa riferimento, nelle differenti declinazioni dei vari autori, in particolare a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, p. 1117 ss.; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, ora in *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 3467 ss.; ID., *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico*, in *Jus*, 1987, ora in *Scritti giuridici*, V, cit., p. 3927 ss.; ID., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, ora in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 873 ss., spec. p. 909 ss.; ID., *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 237 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, *passim*; ID., *Il "rapporto amministrativo" nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, II, Milano, 1977, p. 41 ss.; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975., p. 779 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 437 ss.; ID., *Amministrazione e costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 455 ss.; G. PASTORI, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 483 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, spec. pp. 108 ss. e 224 ss.; ID., *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996, spec. pp. 1 ss., 100 ss. e 213 ss. (capitoli corrispondenti rispettivamente ai saggi *Amministrazione*

dro della crisi della personalità giuridica dello Stato, nei suoi strascichi novecenteschi dovuti al superamento della forma di Stato monoclasse, rispetto alla quale il tentativo di risposta è stato ricercato attraverso il pieno assorbimento dello Stato persona nello Stato ordinamento. Nel paradigma oggettivistico, la giuridificazione del potere avviene attraverso la procedimentalizzazione dell'attività che esprime la funzione, all'interno della quale si integrano, fino a risolversi, i differenti profili soggettivi e i differenti interessi, nella cui sintesi troverebbe espressione l'interesse pubblico nella sua concreta declinazione: per questa via, il potere pubblico riceverebbe la propria legittimazione⁵².

A tale prospettiva, si oppone, tuttavia, l'irriducibilità dell'intero fenomeno dell'esplicarsi del potere ad un piano prettamente oggettivo, con il necessario permanere di momenti di autoritatività nella scelta (che, di fatto, solo potrebbero essere risolti per la via di una completa co-decisione). Se allora, si dice, l'oggettivizzazione che si esprime nella funzionalizzazione è solo tendenziale, l'autoritatività sarebbe soltanto nascosta, e l'interesse pubblico rimarrebbe l'interesse di una delle parti, mentre la stessa funzionalizzazione non farebbe altro che tradire l'estromissione del soggetto privato, e degli interessi di cui è portatore, facendoli afferire all'interno dello svolgimento della funzione⁵³.

e costituzione, inedito; *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, tratto da *Foro it.*, 1984; *Valori costituzionali e pubblica amministrazione: un nuovo inizio*, da *Valori costituzionali e Pubblica amministrazione*, Firenze, 1994); ID., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009, pp. 191 ss. (capitolo corrispondente al saggio *La verità e l'assunto. Stato e istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000).

⁵² Sul punto, sia consentito rimandare a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 48 ss.; nonché ad A. CARBONE, *Prime considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*, in *Pers. amm.*, 2019, ora modificato e con il titolo *Considerazioni su situazioni giuridiche procedimentali, organizzazione, funzione. A margine della rilevanza dell'art. 6 CEDU*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, I, Torino, 2021, p. 335 ss.

⁵³ Si veda A. ORSI BATTAGLINI, *L'"astratta e infeconda idea" Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quad. fior.*, 1989, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1344, secondo cui "prospettare rigenerazioni "sociali" della [legittimità e autorità dello Stato], fino al suo diffuso assorbimento nella istituzionalità dei gruppi ci riconduce, estremizzando, ad un organicismo pre-moderno: contraddice, è vero, la cultura tardo-ottocentesca, ma ci priva di un contributo fondamentale che questa ci ha dato costruendo scientificamente un soggetto determinato titolare dell'autorità, una struttura in cui questa visibilmente si espone, diventa apprezzabile, discutibile, aggredibile nella logica e con gli strumenti del diritto; un contributo irreversibile, perché in definitiva complementare all'unificazione formale del concetto di individuo

Il soggetto privato, in questo modo, sarebbe assorbito dalla funzione, e parcellizzato rispetto alla propria sfera giuridica: non rilevarebbe, cioè, nella sua individualità, come individuo, ma solo in quanto il suo interesse risulta inglobato nel processo di esercizio del potere. La legittimazione del potere attraverso la sovrapposizione tra strutture pubbliche ed espressioni dell'organizzazione sociale tradirebbe, così, un'inclusione dell'individuo stesso nella pubblica Amministrazione che resta sempre, e necessariamente, parziale, e peraltro soltanto eventuale⁵⁴. Il potere pubblico dovrebbe invece trovare legittimazione in quanto conferito ad un soggetto, del cui esercizio è responsabile, che risulta iscritto nel circuito della rappresentanza, e rimane distinto dall'individuo, secondo un modello che risponde al principio di separazione tra Stato e società civile⁵⁵.

La logica della funzione oggettivata risulta invece estranea, ed anzi antitetica, rispetto alla rappresentazione di un rapporto intersoggettivo⁵⁶, che presuppone, appunto, una contrapposizione tra il soggetto privato e l'autorità pubblica, a cui è affidata la responsabilità della scelta riferibile al potere. Se non vi è rapporto, mancherebbe anche la possibilità di limiti al potere che non siano in-

raggiunta nella cultura illuministica" (corsivo testuale). Rileva in tal senso C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 67, che "paradossalmente, è più facile resistere ad un soggetto-autorità che ad una entità funzione, ad una supremazia che si sviluppa cioè senza soluzione di continuità rispetto all'interesse pubblico". Analogamente, C. MARZUOLI, *Recensione ad A. Pioggia, Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1146, per cui "all'autorità, che è comando, si resiste, ma alla funzione, che è servizio, no" (cfr. anche ID., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 412 ss.). In linea con tali rilievi anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo*, cit., p. 739 ss., p. 751.

⁵⁴ Si rileva infatti che "non ogni individuo (...) si riconosce nella realtà organizzativa" (L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 38); all'individuo "le sorti dell'interesse pubblico coinvolto nella dinamica del potere non interessano punto" (N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 32); i cittadini "devono potere esercitare la loro libertà di "pensare ad altro", sapendo che c'è qualcuno che decide anche per loro" (S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo*, cit., pp. 775-776).

⁵⁵ L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 38; A. ORSI BATTAGLINI, *L'astratta e infelconda idea*", cit., p. 1343 ss.; F. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., pp. 71 ss. e 164 ss. Cfr. anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo*, cit., p. 772.

⁵⁶ Si veda quanto affermato, nella più radicale considerazione di tale aspetto, da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 297, per cui se l'atto si ricollega ad una situazione soggettiva, individuata nel diritto soggettivo, allora esso rientra nel relativo ambito di libertà e nel corrispondente rapporto intersoggettivo; se invece l'atto è estraneo ad una situazione, e allora rientra nel potere quale energia attuale che si attua attraverso la funzione.

terni alla sua funzionalizzazione: si afferma allora la necessità di porre, rispetto al fenomeno del potere, la bipolarità del rapporto che oppone il potere stesso, pubblico o privato che sia, all'individuo⁵⁷.

In tale scenario, si aggiunge, l'interesse pubblico rileverebbe non in sé, attraverso il rilievo nel singolo atto della generale funzionalizzazione che connota l'attività amministrativa nel suo complesso, ma solo in quanto ricavabile sotto il profilo delle regole che nel rapporto trovano riscontro⁵⁸. Il recupero dell'individuo consente quindi l'estromissione dell'ottica della funzionalizzazione senza rinunciare al perseguimento dell'interesse pubblico, inquadrato nell'ambito delle regole.

⁵⁷ A. ORSI BATTAGLINI, *L'“astratta e infeconda idea”*, cit., p. 1346.

⁵⁸ Cfr. quanto detto *supra*. Si veda in particolare C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., spec. p. 176 ss., che rileva come la globale funzionalizzazione dell'attività amministrativa non implica che tale carattere si estenda sempre e necessariamente ai singoli atti, diventando paradigma della loro legittimità.

La questione è stata affrontata, più in generale, con riferimento allo statuto dell'azione amministrativa che si svolga attraverso moduli privatistici. In questo senso, nell'ambito del problema della privatizzazione, si veda A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., spec. pp. 243 ss. e 270 ss. ma in generale *passim*, che considera quale presupposto di una privatizzazione che possa essere tale anche sotto il profilo sostanziale, e non solo formale, la rappresentazione della funzionalizzazione della complessiva attività amministrativa quale caratteristica che non sia in grado di imporre il vincolo finalistico, in sé considerato, al regime di validità del singolo atto, potendo esso al limite rilevare, sotto tale profilo, in maniera indiretta, attraverso la violazione delle clausole generali di correttezza e buona fede. Sul rapporto tra funzionalizzazione dell'attività e fine del singolo atto in relazione all'attività amministrativa di diritto privato, si vedano poi, in particolare, nelle diverse declinazioni, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 160 ss.; ID., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995,, p. 42 ss.; ID., *Recensione ad A. Pioggia*, cit., p. 1143 ss.; A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000, p. 190 ss., spec. p. 221 ss. La rappresentazione generale di tale problematica si ritrova in A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 1993, ora in, *Scritti giuridici*, cit., p. 1485 ss., per cui vi sarebbero due modelli di funzionalizzazione: uno analitico, in cui il fenomeno caratterizzato dal perseguimento del fine pubblico viene scomposto in una serie di unità elementari, ciascuna definita dalla legge in termini di atto amministrativo, e rispetto al quale il vincolo del fine si ritiene pervadere e incidere ogni momento rilevante del fenomeno stesso; l'altro sintetico, in cui la valutazione sul perseguimento del fine è riferita a complessi di vicende o a risultati, liberando i singoli atti interni a ciascuna vicenda di carattere funzionale, e quindi assumendo come oggetto di valutazione non l'atto ma l'attività. In questo senso (ID., *Recensione a B.G. Mattarella, L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 795), se è indubbio che l'ordinamento considera finalizzata all'interesse pubblico l'intera attività amministrativa complessivamente intesa, non sarebbe affatto scontato che tale carattere si estenda sempre e necessariamente ai singoli atti, diventando paradigma della loro legittimità.

La contrapposizione, netta, con la logica dell'oggettivazione, è resa in qualche modo ancora più evidente dai successivi sviluppi che quest'ultima, nella sua espressione più compiuta, ha conosciuto, rispetto ai quali, alla centralità del potere obiettivo, è stata, per così dire, sostituita la centralità delle libertà della persona⁵⁹.

In tale prospettiva, le libertà si manifestano quale espressione diretta dei valori costituzionali, e, come tali, contengono necessariamente un modo di essere del soggetto e insieme una posizione di responsabilità o solidarietà nei confronti degli altri soggetti⁶⁰; il loro intrecciarsi dà luogo, rispetto ad un particolare momento storico, ad un determinato ordine sociale, quale complesso di valori che si esprime all'interno del quadro costituzionale⁶¹. L'ordine sociale, in questo senso inteso, partecipa direttamente della sovranità, in ragione del ruolo costituzionalmente riconosciuto alle libertà⁶²: esso esprime quindi la sua positi-

⁵⁹ In questo senso il percorso di G. Berti, rispetto alla sua tradizionale impostazione sostenuta ne *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit. (sulla quale si veda quanto da noi ampiamente descritto in *Potere e situazioni soggettive*, I, p. 48 ss.; *Considerazioni*, cit., p. 335 ss.; oltre gli accenni *infra*, par. 8.1). L'evoluzione può riscontrarsi già nella *Nota di chiusura* (1985), in G. BERTI, *Il principio organizzativo*, cit., p. 175 ss., per farsi poi più evidente nel corso delle opere successive: cfr. ID., *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994 (ma varie ediz., antecedenti e successive), spec. pp. 37 ss. e 139 ss.; ID., *La responsabilità pubblica. (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994, *passim*, spec. p. 357 ss.; ID., *Amministrazione e costituzione*, cit., p. 458 ss. Si ritrova, da ultimo, in particolare, nella sua opera postuma, parzialmente incompiuta, ID., *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Padova, 2008, spec. p. 83 ss.

Sulla centralità del concetto di libertà si veda lo stesso F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., p. 877 ss.

⁶⁰ G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 101 ss.

⁶¹ G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 105 ss. Afferma l'illustre A. che (p. 111) le libertà, perché siano significative e positive nella costruzione dell'ordine sociale, devono essere, nella loro connessione e nella molteplicità delle direzioni dell'agire umano, rese visibili attraverso una trama di valori sociali: "la libertà dell'uomo deve contenere in se stessa, riflettendoli e facendoli in tal modo riconoscere, quelli che in un determinato tempo di storia costituzionale sono i valori della società". In questo senso, soggettivo e oggettivo, libertà e organizzazione, creazione e verifica o falsificazione delle regole della condotta umana, sono tutte facce di un unico nucleo giuridico: "le libertà connesse ai valori oppure i valori sociali colti e interpretati secondo la fondamentale libertà umana". Ne consegue che "solo nell'uomo, come persona libera, noi possiamo cogliere il soggettivo e l'oggettivo del diritto, tra loro intimamente connessi prima di divaricare tra loro nella compiutezza formale dei fenomeni giuridici, cioè delle regole e dei rapporti".

⁶² G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 103, per cui "lo sbarramento che la sovranità popolare incontra per realizzarsi nell'organizzazione politica dello stato, quale ricevuta dal passato, impedisce che l'attuazione costituzionale si adempia secondo la propria ragione fondamentale e sia vivificatrice di tutto l'ordine sociale e normativo. La sovranità popolare chiama la

vità senza necessità di intermediazioni organizzative, politiche e giuridiche, dello Stato⁶³. L'Amministrazione, si afferma allora in questo senso, sarebbe una forma della società, non un'immagine dello Stato: è cioè uno spazio all'interno del quale può rilevarsi l'effettivo atteggiarsi dell'ordine sociale⁶⁴, assumendo rilievo, a tale fine, la dimensione procedimentale come sede in cui detto ordine

L'esistenza di un ordine della società, propriamente giuridico, sarebbe in tal modo idoneo a funzionalizzare ad esso tutte le funzioni pubbliche: non po-

libertà individuale e il pieno sviluppo anche politico della personalità umana: l'articolo 2 della costituzione svolge l'articolo 1 secondo un principio fondamentale di libertà personale, che si fa appunto politica, in quanto se la sovranità popolare deve attuarsi su di un impianto di libertà individuali e sociali, deve essere lo specchio di queste libertà nel loro collegamento necessario, nel tessuto continuo che esse intrecciano. Perché questo intreccio avvenga e perché sia possibile che le libertà si coordinino spontaneamente senza che lo stato come organizzazione per così dire se ne impadronisca e le guidi, è necessario che ogni libertà personale comprenda una forte responsabilità del suo titolare nei confronti delle corrispondenti libertà altrui. Il legame tra le libertà è la solidarietà reciproca, ovvero la responsabilità di ognuno singolarmente vissuta nei confronti degli altri. Ciò annuncia invero la costituzione”.

⁶³ G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 107 ss., per cui (p. 107) “libertà significa negazione della necessità che, per trasmettere alla dinamica sociale la positività (...) occorra necessariamente la mediazione dell'organizzazione politica e giuridica dello stato”: ed infatti, (p. 111) se l'ordine oggettivo non è altro, come detto, che l'insieme dei valori sociali intesi nel senso della libertà e nel senso della normatività, che deriva a sua volta dalla connessione delle libertà e dei valori, esso può affermarsi anche positivamente senza l'ausilio o l'intermediazione di una organizzazione politica.

⁶⁴ G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, cit., p. 458 ss.; ID., *La responsabilità pubblica*, cit., p. 395 ss. Si veda anche U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, cit., spec. pp. 10 ss. e 221 ss.

Per la nota rappresentazione della coesistenza, all'interno della nostra Costituzione, di tre modelli di Amministrazione diversi tra loro – un'Amministrazione servente il potere politico; un'Amministrazione autocefala; un'Amministrazione comunitaria – che portano ad una continua tensione nella dialettica tra dipendenza politica e autocefalia (oltre che in quella accentramento-decentramento), si veda M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e materiale*, cit., p. 1845 ss.

⁶⁵ In questo senso, secondo la prospettiva in generale già tracciata da F. Benvenuti: cfr. in particolare in G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 779 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 437 ss.; ID., *Amministrazione e costituzione*, cit., p. 463 ss.; ID., *La responsabilità pubblica*, cit., pp. 316 ss., 368 ss. e 401 ss.; G. PASTORI, *Introduzione generale*, cit., p. 7 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, cit., p. 483 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, cit., spec. pp. 281 ss., 303 ss. e 329 ss. (capitoli corrispondenti ai saggi *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Dem. dir.*, 2006; *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007; *Democrazia partecipativa e controllo dell'amministrazione*, in *Dem. dir.*, 2006); M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, 2001, p. 3 ss., spec. p. 112 ss.; ID., *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata)*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, p. 93 ss.; ID., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.; ID., *Il rito sostanziale amministrativo. Par-*

trebbe, quindi, parlarsi di scelte che avvengono nell'ambito di una sfera dell'irrilevante giuridico da parte del soggetto pubblico⁶⁷. Lo stesso processo normativo sostanziale viene così a consistere, in definitiva, in un processo di interpretazione della realtà dell'ordine sociale⁶⁸; in cui, cioè, l'indeterminatezza è colmata dal riferimento all'ordine giuridico della società⁶⁹. Per tale via, è stato

te I. *Contenuto e struttura*, Padova, 2012. Sul punto si tornerà *infra*, par. 8.1.

⁶⁶ G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 108, per cui se si parte dalle libertà anziché dal potere, l'organizzazione, così come costruita e immaginata in relazione ai poteri, non può più rappresentare la sede delle elaborazioni dell'ordine giuridico: "questo deve trovare la sua consistenza indipendentemente dall'organizzazione e comunque prima che essa si costituisca: l'organizzazione si costituisce allora come effetto di un ordine giuridico già esistente e dovrà adattarsi al principio di libertà da cui appunto l'ordine stesso ha preso l'avvio. L'ordine basato sulle libertà condiziona dunque l'ordine come espressione di organizzazione. Quest'ultimo, in altri termini, rispecchierà il primo, divenendone la rappresentazione finale e conclusiva, ma essenzialmente fedele". In questo quadro (pp. 121-122) il potere, "cioè la forza dell'ordinamento che assiste il confronto dei diritti tra loro (...), nasce dalla libertà e se ne distingue solo come una specificazione, in quanto la libertà personale si oggettiva nella trama dell'ordinamento": esso è solo "un tramite, sul piano linguistico, tra le libertà in senso assoluto e il diritto (e dovere) del soggetto nell'ambito appunto dell'organizzazione sociale e dell'ordine in cui questa si rispecchia". Il potere, inteso non come figura all'interno dell'ordine di imputazione, ma come 'energia attiva', non è quindi più l'elemento centrale nel riferimento all'organizzazione, come ne *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 369 ss.

⁶⁷ Si veda, nel solco dell'impostazione a cui si sta facendo riferimento, L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 309 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, 2017, p. 119 ss.; ID., *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 2019, p. 43 ss.; ID., *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss.; nonché ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 138-139; ID., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 61 ss.; ID., *Diritto di azione e interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, p. 241 ss.; ID., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, pp. 175 ss. e 228 ss. Si afferma, in particolare, che l'Amministrazione apparterebbe all'ordine giuridico della società: rispetto a quest'ultima, infatti, la sovranità si esprimerebbe, in ragione dell'interpretazione che viene accolta del combinato disposto degli artt. 1 e 2 Cost., non solo nella legittimazione democratica di tipo rappresentativo, ma anche trattenendosi nel perimetro della sovranità popolare, senza articolarsi in forme istituzionali ed esprimendosi con l'esercizio delle libertà e dei diritti 'riconosciuti' dalla Costituzione, un ordine della società. Tale ordine, appunto per le caratteristiche appena esposte, è propriamente giuridico, di carattere extralegale: in seno ad esso è dato rinvenire, attraverso l'esplicazione di un moto continuo, la formazione di regole (concretamente conoscibili e verificabili) che i valori dell'ordine giuridico della società esprimono, ovviamente in conformità con gli elementi fondativi dell'ordine stesso (poiché, cioè, ciò che fonda la sussistenza di un siffatto ordine giuridico è il trattarsi delle libertà e dei diritti inviolabili nell'ambito della sovranità popolare, nessuna regola di quest'ordine potrà mai contrastare con libertà e diritti inviolabili che ne costituiscono il

ritenuto possibile sostenere che la posizione del privato nei confronti dell'Amministrazione acceda, in maniera diretta, all'utilità finale⁷⁰.

Molti sarebbero gli aspetti su cui soffermarsi in ordine a tali contrapposte ricostruzioni, anche in relazione al modello di giuridicità da cui si prendono le mosse. Esse, di fatto, esprimono due modi di inquadramento dell'individuo nell'ambito dell'ordine costituzionale, e, quindi, due visioni contrapposte del

fondamento). L'esistenza di un ordine giuridico della società, in cui si continua ad esprimere la sovranità, sarebbe allora idoneo a funzionalizzare ad esso tutte le funzioni pubbliche.

Lo stesso ordine di idee è ripreso da B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, spec. pp. 241 ss. e 285 ss., il quale, per tale via, nega una connotazione funzionale e uno spazio giuridico significativo al concetto di merito, in considerazione del pieno assoggettamento dell'agire pubblico al principio di legalità.

⁶⁸ Cfr. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 45 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., p. 90 ss., secondo cui la funzione normativa si esplica come interpretazione del divenire sociale, che viene svolta dai vari operatori giuridici quali, appunto, operatori dell'interpretazione. Si può cogliere una certa similarità nella considerazione della giuridicità che si ha in Mortati, ma, rispetto ad essa, lo stesso G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 104, precisa come nell'idea di costituzione materiale vi sia alcunché di falso e di ingannevole: essa, infatti, evocando i principi affermati dalle forze politiche e sociali prevalenti, si porrebbe in una posizione di palese contrasto, o comunque di difficile conciliabilità, con la sovranità delle libertà.

Sulla generale riconducibilità della sfera della discrezionalità al momento interpretativo della norma anche lo stesso F. BENVENUTI, *Disegno*, cit., pp. 195-196.

⁶⁹ Nella medesima prospettiva si situa anche quella dottrina che, partendo dalla rappresentazione del rapporto tra Amministrazione e società che si sta descrivendo, ha proceduto ad una ridefinizione della discrezionalità: cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., p. 316 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, cit., pp. 129 ss. e 152 ss. Si afferma, in tal senso, che deve considerarsi irrilevante se l'integrazione della fattispecie normativa, lasciata imprecisa in taluno dei suoi elementi, sia ascrivibile o meno ad un'attività interpretativa: in ogni caso, infatti, l'indeterminatezza, che si esprime nelle clausole generali, contiene un margine di incertezza che richiede un'assegnazione di significato da parte dell'interprete; non vi sarebbe, cioè, in tali casi, un metodo logico attraverso il quale si possa giungere ad un significato univoco. Ciò che rileva, allora, è chi possa procedere all'assegnazione di significato e a cosa detto significato debba fare riferimento. In questo senso, si considera come sia la prospettiva dell'interesse legittimo quale pretesa all'attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole, sia la rappresentazione originaria di tale situazione soggettiva, abbiano quale presupposto comune quello di considerare l'integrazione della fattispecie normativa lasciata imprecisa in taluno dei suoi elementi, a cui viene ricondotta la presenza di discrezionalità, quale definizione che proviene da una scelta tra quelle considerate lecite, operata da un soggetto immesso nel circuito in cui si esplica sostanzialmente l'indirizzo politico. Tale ricostruzione, che è appunto quella propria dell'indirizzo dottrinale prima esaminato, ed anzi, come visto, da tale indirizzo fortemente riaffermata, è quella per cui l'Amministrazione è espressione della sovranità, che promana, nell'attuale ordine costituzionale, dalla legittimazione democratica dell'autorità: in quanto tale, lo si è visto, essa si caratterizza come soggetto, separato dalla società, deputato ad amministrare l'interesse pubblico, della cui attuazione è responsabile. L'Amministrazione, nella diversa prospettiva ora in discussione, è invece espressione dell'ordine giuridico della società, e come tale deve procedere all'integrazione del precetto: l'interesse pubblico, infatti, non ap-

rapporto tra Stato e società, così come due modelli di legittimazione del potere⁷¹. La rappresentazione che viene data di quest'ultimo non è nient'altro, allora, che una conseguenza della diversa prospettiva ricostruttiva assunta.

Da parte nostra, pur rimandandosi a quanto si dirà al momento di fornire una ricostruzione della situazione giuridica che si relaziona con il potere amministrativo, possono già anticiparsi taluni aspetti che appaiono rispetto ad esse rilevanti.

In ordine alla prospettiva oggettivistica, si deve ritenere di non potersi accogliere l'idea di una totale espunzione del soggetto dalla dinamica della produzione. Va infatti condivisa la valenza critica assunta nei confronti di un'idealistica concezione dell'unitarietà del soggetto pubblico, e, con essa, la necessità di confrontarsi con una pluralità di centri di interessi all'interno dell'ordinamento complessivo, insieme al generale rilievo che, in tale ambito, viene conferito alla

parterrebbe, non potrebbe appartenere, ad un'autorità amministrativa in questo modo strutturata, ma risulterebbe predeterminato al pieno ed effettivo godimento dei diritti fondamentali. Se, infatti, l'Amministrazione non è una forma fissata dalla Costituzione per l'esercizio della sovranità popolare, ne consegue che la determinazione discrezionale non potrà considerarsi quale scelta libera tra alternative lecite: l'integrazione della fattispecie avverrebbe ricavando la regola dall'ordine giuridico della società, attraverso un'assegnazione di significato in cui l'interesse pubblico sarà interamente (pre)determinato dallo scopo di consentire il più alto grado di godimento dei diritti delle persone. L'operazione di eterointegrazione, in cui consiste la scelta discrezionale, avviene dunque con riferimento a tale predeterminazione: ciò, pur invero non escludendo l'esistenza di spazi di valutazione in capo all'autorità che procede, ne riduce di molto il perimetro, fino a farlo somigliare a quello proprio della giurisdizione, e, per conseguenza, a renderlo pienamente sindacabile.

⁷⁰ Si veda in particolare L.R. PERFETTI, *Le posizioni giuridiche soggettive*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 2007, p. 58 ss., per cui il riconoscimento della titolarità della sovranità in capo al popolo ed il disegno complessivo della relazione tra libertà e autorità (cfr. quanto detto alla nota precedente) renderebbe inaccettabile la perpetuazione della narrazione dell'interesse legittimo quale pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa e tutela solo mediata al bene della vita: in questo senso, si afferma, il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo effettuato dalla sent. Cass., sez. un., n. 500/1999, avrebbe portato correttamente a riconoscere, quale oggetto della pretesa, un interesse materiale al godimento di un bene della vita protetto dall'ordinamento e illegittimamente sacrificato.

⁷¹ Non è un caso che se da un lato si rileva come “la separazione tra politica e amministrazione sino a ora, è un dato di fatto, non abbia funzionato” (L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 74), dall'altro si considera invece che “non sembra difficile convincersi del fatto che – anche grazie all'affermarsi del diritto comunitario – la distinzione netta (pur senza divenire, separazione) tra politica e amministrazione sia ormai divenuta realtà” e come “sia diffusa l'opinione circa la crisi dello Stato rappresentativo come tradizionalmente inteso” (L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., p. 370).

processualizzazione dell'attività, e alla conseguente neutralizzazione del processo produttivo (anche ai fini di ricercare una legittimazione del potere che avvenga sotto un profilo obiettivo, nel tradizionale decadimento del valore legittimante rivestito in proposito dalle procedure elettorali)⁷². Tuttavia, pure si ritiene che le esigenze descritte non dovrebbero portare ad una svalutazione del piano del soggetto, ma, al contrario, andrebbero piuttosto incanalate, per così dire, in una più complessa determinazione strutturale del dato soggettivo nell'ambito della globale esplicazione della funzione⁷³. In tale prospettiva, sia aggiunge, si sarebbe anche inserita la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa avvenuta con la l. n. 241/1990, consentendo una diversa considerazione del rapporto soggettivo con il momento della produzione⁷⁴, da concepirsi in chiave prettamente procedurale.

Parimenti, in ordine ai successivi sviluppi che la logica dell'oggettivizzazione ha conosciuto, si deve rilevare che, una volta posta in chiave centrale, rispetto all'esplicarsi del potere, le libertà della persona che si svolgono nel quadro costituzionale quale espressione dell'ordine giuridico della società, la riduzione del fenomeno della produzione all'emersione di una scelta valoriale già compiutamente svolta (cioè già in sé predeterminata, in quanto presente, come tale, sul piano normativo dell'ordine sociale), che vada ad integrare il dato legislativo, non può essere accettata se ciò significa eliminare qualsiasi apporto sog-

⁷² Cfr., tra gli altri, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., p. 873 ss., spec. pp. 883 ss., 909 ss. e 957 ss.; ID., *L'amministrazione oggettivata*, cit., p. 3467 ss.; ID., *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico*, cit., p. 3927 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. Fac. Econ. e comm. Università di Messina*, 1981, p. 449 ss. Sulla legittimazione del potere, si veda più in generale ID., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 558 ss. Sul punto si rimanda a quanto da noi già considerato ne *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p. 25 ss., nel testo e in nota, ed ivi ulteriori e più approfonditi richiami bibliografici.

⁷³ In questo senso ad esempio la prospettiva di A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., pp. 435 ss. e 465 ss.

⁷⁴ Sulle implicazioni che la legge sul procedimento amministrativo, e la previsione in essa del responsabile del procedimento, ha avuto rispetto all'assetto organizzativo complessivo e sulla considerazione del concetto di organo, si veda quanto riportato in *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 204 ss. In generale, tale discorso sarà ripreso *infra*, par. 8.1.

gettivo, da parte dell'organo decidente, in ordine alla determinazione del valore da attuare.

Detto altrimenti, sin tanto che si afferma che qualsiasi scelta compiuta in relazione ad una decisione amministrativa risulta funzionale al perseguimento di un valore espresso dall'ordinamento, per cui non possono propriamente concepirsi spazi liberi di scelta rispetto ai quali l'attuazione dell'ordinamento subisce un'interruzione di giuridicità, si è del tutto d'accordo. Il discorso cambia, tuttavia, laddove si voglia considerare la produzione normativa quale, in ogni caso, attribuzione di un significato già in sé compiutamente dato, in quanto presente nell'ordine giuridico della società: per tale via si dovrebbe infatti pervenire all'eliminazione di qualsiasi apporto dell'autorità procedente nella definizione della regola, consentendosi, in tal modo, alla pretesa del cittadino di accedere direttamente all'utilità finale. Il problema, è evidente, è quello di stabilire cosa debba intendersi quando ci si riferisce ad un'attribuzione di significato, e all'eventuale sussistenza di uno spazio di valutazione in ordine ad essa: sul punto si dovrà tornare, ma può dirsi sin da subito che, se il riferimento è concepito come ad una regola in ogni caso già esistente, esso non si potrebbe condividere, in ragione della concezione che deve assumersi dell'ordinamento, e al modello strutturale di produzione a cui si deve fare riferimento, secondo quanto pure si avrà modo di spiegare⁷⁵.

Tornando, invece, all'impostazione che è ora oggetto di analisi (cioè quella che espunge la funzionalizzazione dal rapporto tra potere e situazioni ad esso correlate), deve dirsi, rispetto a quanto è stato sostenuto da parte dei suoi

⁷⁵Si noti che tale strada non pare invero percorsa sino in fondo dalla dottrina che si sta esaminando, in quanto, come già accennato, viene comunque ammesso che uno spazio di valutazione permanga in capo all'Amministrazione: cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., p. 373; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, cit., p. 158; sembrerebbe anche G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 96. Se così fosse, però, la pretesa del privato non dovrebbe poter accedere direttamente al bene materiale auspicato, come invece affermato da L.R. PERFETTI, *Le posizioni giuridiche soggettive*, cit., p. 58 ss. Il problema, come detto nel testo, è quello di stabilire cosa debba intendersi con spazio di valutazione: anche all'interno di un'attività interpretativa, infatti, possono riscontrarsi margini di valutazione da parte dell'interprete, cosicché ciò che rileva sono le condizioni per l'ascrivibilità a detta attività dello spazio valutativo. Sul punto, si veda *infra*, par. 9.

fattori, che la critica all'ottica oggettivistica non può spingersi sino a negare la particolare attenzione che, in relazione alla funzione intesa in senso strutturale (il processo di trasformazione del potere nell'atto), è stata riservata al profilo del suo contenuto sostanziale (il processo di formazione della decisione) all'interno del modello di produzione che trova riscontro in via normativa, anche in relazione all'intersecarsi della complessa determinazione strutturale del dato soggettivo (in una prospettiva, si aggiunge, che non necessariamente porta a risolvere, per tale via, l'individualità di ogni singola entità nel ruolo da ciascuna rivestito ai fini della decisione).

Gli elementi descritti, infatti, non possono *sic et simpliciter* trovare sostanziale estromissione dall'orizzonte della rilevanza giuridica. Più in particolare, non può ritenersi che una raffigurazione dell'aspetto funzionale quale quella appena riportata sia inidonea ad influire sulla rappresentazione delle situazioni giuridiche soggettive.

Si è visto, infatti, come il rilievo conferito alla funzionalizzazione, che abbia riguardo unicamente dell'aspetto teleologico ad essa riferibile, comporti, se condotto alle sue estreme conseguenze, la configurazione di una situazione giuridica la cui tutela è solo indiretta, e correlata al pubblico interesse. Si è aggiunto, poi, che una compiuta oggettivazione, d'altro canto, rischierebbe di condurre ad un assorbimento delle singole posizioni sostanziali nella globalità della funzione, al limite facendo assurgere a situazioni giuridicamente rilevanti quelle prettamente procedurali, e, comunque, a negare la rilevanza di un apporto soggettivo alla scelta compiuta. Si precisa, ora, come una considerazione della funzione sotto il profilo strutturale, che tenga conto, da un lato, della effettiva posizione dei diversi soggetti, e, dall'altro, del rilievo giuridico che riceve lo svolgimento della relativa attività all'interno del procedimento, possa permettere, senza incorrere negli esiti appena descritti, di valorizzare il modello di produzione scelto dall'ordinamento al fine di configurare una situazione giuridica che si rapporti alla situazione di potere evitando la svalutazione dell'aspetto conte-

nutistico della funzione stessa, a cui inevitabilmente si addivene seguendo la via tracciata dall'indirizzo dottrinale ora in esame.

In effetti, nel momento in cui, in adesione a quest'ultimo, si definisce una chiara linea di distinzione tra ciò che rientra nella sfera di libertà a cui è ascritto il potere e ciò che rientra nel rapporto, l'aspetto concernente la procedimentalizzazione dell'attività – la cui dimensione pure si è visto costituire un aspetto di fondamentale importanza per la costruzione della prestazione, o dell'obbligazione senza prestazione, da parte delle tesi in esame – si estranea dal profilo attinente alla struttura della funzione e si viene, per così dire, ad appiattare su quello prettamente sostanziale afferente i termini del rapporto, da cui la sfera di disposizione degli interessi attinente al potere risulta esclusa. Nelle relative ricostruzioni passate in rassegna si riscontrerebbe, in altri termini, in misura maggiore o minore, esplicita o implicita a seconda delle diverse declinazioni, la risoluzione della dimensione procedimentale in quella sostanziale concernente la sfera individuale del soggetto, non invece il contrario.

La critica effettuata nei confronti della funzionalizzazione coglie dunque nel segno se rivolta ad un processo di trasformazione del potere declinato in maniera prettamente oggettivistica, in cui si vengono a perdere le singole soggettività. Coglie parimenti nel segno, si aggiunge, se rivolta all'esplicazione del processo di formazione della decisione, laddove, una volta ridefinito, in questi termini, il caratterizzarsi della funzione, si configura un assetto soggettivo complesso volto, nella sostanza, a neutralizzare il ruolo dell'organo decidente in una tendenziale codecisione: come si vedrà, infatti, si ripropone, in questo modo, la stessa impostazione dell'indirizzo obiettivistico, pur nel diverso impianto ricostruttivo della funzione; e ci si espone, conseguentemente, alle medesime obiezioni che a detta impostazione sono state mosse⁷⁶.

L'impostazione in esame non può invece condividersi laddove porti ad una compiuta estromissione del rilievo che la funzionalizzazione riceve sotto il

⁷⁶Cfr. ampiamente *infra*, par. 8.1.

profilo strutturale del modello di produzione. Tale profilo strutturale, infatti, non può considerarsi neutrale rispetto all'ordinamento; esso, al contrario, risponde ad una precisa scelta di valore, dall'ordinamento stesso compiuta. Non può dunque aderirsi alla descritta negazione della funzionalizzazione: opinando in tal senso, infatti, si verrebbero a risolvere, o per meglio dire ad eclissare, i caratteri appena richiamati, e la scelta di valore ad essi correlata, attraverso una raffigurazione del rapporto di stampo prettamente sostanzialistico.

È allora necessario, a nostro avviso, seguire un'altra strada, e conferire rilievo, nella costruzione delle situazioni giuridiche soggettive, all'elemento della funzionalizzazione del potere, ponendo il corrispondente aspetto teleologico in relazione al suo innestarsi all'interno del piano strutturale della funzione, nella considerazione che questo riceve sotto il profilo soggettivo e oggettivo. Si può così pervenire ad una rappresentazione del potere amministrativo in relazione al suo inquadramento in un determinato modello di produzione: ciò che, come detto, e come meglio si avrà modo di spiegare, non rileverebbe soltanto sotto un profilo eminentemente tecnico-ricostruttivo, ma corrisponderebbe all'assunzione di un determinato modello di giuridicità, al quale si ritiene di dover ricondurre l'esplicazione dinamica dell'ordinamento.

5. La configurazione dell'interesse legittimo come situazione giuridica che rispetto al potere, anche discrezionale, si pone quale pretesa all'utilità finale. Le differenti impostazioni. Rilievi problematici

La ricostruzione dell'interesse legittimo nel senso descritto al paragrafo precedente si vede muovere un'ulteriore critica di carattere generale, che appare, sotto un certo profilo, anche più penetrante. È stato infatti affermato che, opinandosi nel senso descritto, si ridurrebbe, nella sostanza, la situazione giuridica ad un riflesso soggettivo della garanzia di soddisfazione di una qualche, e qualunque, pretesa, non altrimenti rilevante per le proprie caratteristiche intrinseche. Se, come si è detto, la giuridicità del rapporto è riflesso della norma, e, di conseguenza, l'interesse viene a perdere la sua centralità nella concezione della situazione giuridica, è evidente la svalutazione del profilo assiologico proprio di

quest'ultima. In tale prospettiva, si perviene alla negazione della stessa esistenza di vere e proprie situazioni giuridiche soggettive quali modi di essere di un soggetto nel mondo giuridico: queste, infatti, presupporrebbero (dovrebbero necessariamente presupporre) il rilievo pre-ordinamentale del soggetto stesso e dei suoi interessi, mentre in generale ad una prospettiva normativistica ciò che si accompagna è proprio il declino della categoria del soggetto nel riflesso della norma⁷⁷.

Tale rilievo implica evidentemente una critica al particolare modello di giuridicità proprio di un'impostazione prettamente normativistica: in un'ottica a quest'ultima aderente risulterebbe infatti agevole replicare che l'interesse materiale del soggetto, non risultando garantito, semplicemente non entra nell'ambito di protezione della norma; rispetto a quest'ultima, il profilo assiologico da prendere in considerazione sarebbe dunque necessariamente differente, non potendo assumere rilevanza un piano assiologico che non si risolva in quello normativo. Ora, appare chiaro che, nell'attuale concezione del pensiero giuridico generalmente accettata, l'opposizione alla svalutazione dell'interesse materiale perseguito dal privato, sebbene rappresenti un'esigenza di cui, alla luce di quanto sin qui considerato, non si può disconoscere il rilievo, debba comunque risolversi attraverso una soluzione che trovi riscontro all'interno dell'ordinamento normativo. Al pari di quanto rilevato in ordine ai profili attinenti al rapporto tra dimensione dinamica della discrezionalità e situazione soggettiva che si rapporta con il potere, la rilevanza del profilo assiologico deve, quindi, essere perseguita attraverso il ricorso ad un modello strutturale che consenta di individuare una diversa declinazione della situazione giuridica del privato, nella sua configurazione quale pretesa rispetto all'esercizio di un potere. Solo in questo

⁷⁷ In questo senso la critica di A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 279, secondo un ordine di idee in via generale già espresso in ID., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, p. 966 ss. Il declino della categoria del soggetto giuridico è questione più volta ripresa da parte di tale illustre e compianto A., a partire dalle *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., ove venivano sottoposte a critica le concezioni che sono pervenute alla completa oggettivizzazione del fenomeno del potere.

modo sarebbe possibile riferire all'oggetto della situazione giuridica l'interesse al bene/al provvedimento favorevole⁷⁸.

In effetti, le difficoltà in cui si sono imbattute le differenti teorizzazioni che hanno tentato una ricostruzione dell'interesse legittimo che si discostasse da una situazione avente la struttura di pretesa, e, al contempo, l'insoddisfazione verso la considerazione di una prestazione declinata come correttezza del comportamento o possibilità normativa del risultato favorevole, hanno portato a due esiti diversi, in contrapposizione tra loro.

Da un lato, vi è chi nega la stessa configurabilità dell'interesse legittimo come situazione, ascrivibile al soggetto, che non si vada a risolvere nella situazione giuridica su cui il potere è destinato ad incidere. In questo senso, si afferma che ciò che si pone, a fronte del potere, è o il diritto soggettivo di cui il privato risulta titolare, o un'aspettativa di diritto al bene della vita a cui lo stesso privato aspira⁷⁹: facoltà e prerogative procedimentali non creerebbero una situazione soggettiva alternativa al diritto o all'aspettativa poiché non modificano

⁷⁸ È ciò che, di fatto, si tenta di fare – invero, lo si è visto, a nostro avviso senza successo – quando si ripropone, nella declinazione attuale, l'impostazione tradizionale dell'interesse legittimo, quale situazione che, come detto, si pone in una strumentalità soltanto indiretta rispetto al proprio oggetto. Ed è ciò che, del resto, tenta di fare anche chi l'obiezione in esame ha sollevato, quando ha proposto la propria concezione dell'interesse legittimo, secondo quanto si vedrà: cfr. *infra*, par. 6.

⁷⁹ In relazione all'aspettativa, la posizione tradizionale è quella secondo cui è possibile ricavare un concetto di aspettativa giuridicamente rilevante (che non si risolva, quindi, in una posizione meramente fattuale) in ragione della scissione tra il momento della rilevanza e quello dell'efficacia. La considerazione della rilevanza giuridica, quale logicamente autonomia, non idonea a risolversi nella relazione di efficacia, consente infatti, qualora la scissione con l'efficacia non si ponga soltanto sul piano logico, ma anche su quello cronologico, di far assumere giuridico rilievo ad una fattispecie parziale della situazione effettuale, al fine di collegare una tutela di carattere conservativo al processo di formazione e determinazione della situazione stessa: in questo senso A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., pp. 29 ss. e 203 ss.; ID., *Efficacia*, cit., p. 480 ss., la cui ricostruzione, come già si è visto, ha appunto messo in rilievo l'autonomo momento della rilevanza giuridica rispetto a quello dell'efficacia.

Cfr. per le varie impostazioni, con posizioni differenziate in ordine alla possibilità e alle condizioni necessarie ad individuare un'aspettativa di diritto, e agli eventuali termini della sua qualificazione come situazione giuridica soggettiva, R. NICOLÒ, *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, p. 1 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 75 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 226 ss.; P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 797 ss.; A.C. PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. prin., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 465 ss.; M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006, pp. 3 ss. e 135 ss.

la sfera di interesse del privato, la cui sorte è rimessa alla volontà unilaterale della P.A.⁸⁰.

Dall'altro, il diretto riferimento, da parte delle Sezioni Unite nella sent. n. 500/1999, al bene della vita ai fini dell'integrazione della fattispecie risarcitoria, ha fatto proliferare quelle tesi che hanno posto ad oggetto della situazione giuridica tutelata nel giudizio (risarcitorio in generale, o in particolare di reintegrazione in forma specifica, comunque non più soltanto impugnatorio) la 'spettanza' del provvedimento⁸¹. Nonostante, in effetti, l'impianto ricostruttivo della situazione giuridica operato da detta sentenza sia stato da più parti criticato, le sue indicazioni sono state tenute in conto da chi ha tentato di configurare tale situazione (l'interesse legittimo, ovvero, se tale soluzione si continua a concepire in senso tradizionale, la diversa situazione giuridica che all'interesse legittimo

⁸⁰ In questo senso N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo?*, cit., p. 1 ss., spec. p. 42 ss. L'A., superando la Sua precedente considerazione dell'interesse legittimo come interesse di mero fatto tutelato con un potere di pura azione (ID., *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, p. 229 ss.), nonché quella successiva, per cui l'interesse legittimo poteva essere considerato come pretesa in senso proprio (ID., *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in *Giustamm.it*, 2011), viene infine a negare l'autonomia di tale figura rispetto alla situazione che si rapporta al bene finale. Si sostiene in proposito (*Esistenza*, cit., p. 7 ss.) che la caratterizzazione dell'interesse legittimo quale situazione strumentale, in ragione della sua valenza procedimentale, non è idonea a descrivere siffatta figura: il privato che partecipa al procedimento non è infatti interessato a come si forma la funzione, né sotto il profilo giuridico, né sotto quello assiologico, non essendo idonea la partecipazione ad attribuirgli un'utilità (almeno, un'utilità sostanziale, non meramente procedurale), atteso che, qualunque sia la ricostruzione che si voglia dare, nella chiave dialettica del farsi decisionale, all'apporto del privato, la decisione finale non si risolve in una co-decisione, ma è rimessa alla scelta unilaterale dell'Amministrazione, che se ne assume la responsabilità. In questa prospettiva, (p. 42 ss.) non si ritiene opportuno procedere ad una riconduzione degli obblighi di protezione ad obblighi di prestazione, nel senso di far coincidere tale prestazione con la legittimità dell'atto, e si afferma che "parlare (...) di una situazione soggettiva che ha natura strumentale, poiché vuol difendere l'interesse materiale o finale (il bene della vita) attraverso una collaborazione che si è dimostrata scientificamente e assiologicamente improponibile, e si qualifica per inserirsi nella dimensione dinamica dell'esercizio del potere, (...) equivale a definire un diritto soggettivo per i cc.dd. interessi oppositivi, ove il diritto esiste ed è oggetto di attenzione immediata e diretta da parte del suo titolare, e di aspettativa di diritto nel caso dei cc.dd. interessi pretensivi, ove il bene della vita (...) è oggetto di eguale attenzione da parte dell'interlocutore dell'amministrazione". Cfr. anche ID., *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie, per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1527 ss.

⁸¹ La definizione, come già ricordato, è di G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, cit., p. 287 ss. Va subito avvertito tuttavia che, a parte la declinazione che ne dà tale illustre A., il termine 'giudizio di spettanza' è entrato nell'uso corrente della letteratura amministrativistica per indicare un giudizio che, invero in vario vedo, verta sulla valutazione appunto della spettanza dell'utilità finale.

si affiancherebbe) quale pretesa in senso proprio all'adozione del provvedimento favorevole.

Sotto quest'ultimo profilo, va peraltro aggiunto come lo stesso dato positivo del Codice del processo amministrativo, quando fa riferimento alla *pretesa*, e la rapporta all'oggetto del giudizio, pare aver considerato una pretesa rivolta all'utilità finale, risultando invece, le relative previsioni, scarsamente compatibili con una pretesa al corretto esercizio della discrezionalità. In particolare, la considerazione della discrezionalità nel senso individuato dall'art. 31, co. 3, c.p.a. sembrerebbe opporsi ad una rappresentazione della situazione giuridica nel senso fatto proprio dalla dottrina esaminata nei precedenti paragrafi. Tale disposizione, infatti, come meglio si andrà a spiegare, considera la pretesa del privato quale oggetto del giudizio, rapportandola ad una pronuncia di condanna ad un *facere*; e, in proposito, stabilisce un limite espresso alla possibilità del giudice di conoscere *della fondatezza della pretesa*, facendo riferimento alle ipotesi in cui la discrezionalità sia assente o esaurita. Ora, se si ritiene che la consistenza della situazione giuridica del privato che si rapporta con il potere sia quella di una *pretesa al corretto esercizio della discrezionalità*⁸², il dettato della norma non potrebbe trovare esplicazione, in quanto di una pretesa quale quella appena menzionata *il giudice potrebbe sempre conoscere*, secondo quella che è la stessa rappresentazione datane dalla dottrina in questione. Come si è già avuto modo di spiegare, infatti, seguendosi tale orientamento, la condanna risulta sempre uguale a se stessa, e si rapporta ad una pretesa la cui consistenza scaturisce dalla regolamentazione normativa del potere, cosicché il contenuto della pretesa deriva da quanto stabilito da detta regolamentazione: quale che sia questo contenuto, se l'utilità finale in caso di attività vincolata, ovvero il corretto esercizio della discrezionalità in caso di attività appunto discrezionale, il giudice conosce sempre (deve conoscere) della pretesa ad esso corrispondente⁸³.

⁸² La tesi, nella sostanza, appunto di L. Ferrara, su cui *supra*.

⁸³ Nell'ipotesi della condanna ad un *facere*, infatti, con riferimento all'art. 31, co. 3, c.p.a., si afferma che il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio “*solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della di-*

Il Codice, nel riferirsi alla pretesa quale oggetto del giudizio (di condanna ad un *facere*), parrebbe presupporre quindi che essa si rivolga all'utilità finale. Più in particolare, sembrerebbe compatibile con il dettato codicistico qualsiasi ricostruzione che possa porre ad oggetto del giudizio una situazione di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, in disparte la modalità o i termini entro i quali tale situazione possa trovare riscontro⁸⁴. In questo senso, ciò che viene allora in questione è la configurabilità di una siffatta pretesa quale situa-

*discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione". Ora, secondo quanto detto nel testo, l'oggetto della situazione giuridica a cui la disposizione si riferisce parrebbe essere necessariamente l'interesse materiale del ricorrente: se così non fosse, se, cioè, il suo oggetto fosse determinato dal rapporto che si dispiega nei termini del corretto esercizio del potere discrezionale, il giudice potrebbe in ogni caso valutarne la fondatezza, atteso che i profili attinenti all'esercizio della discrezionalità, concernendo appunto le modalità di adempimento del credito, rimarrebbero estranei alla situazione giuridica a cui l'accertamento fa riferimento. Certamente, si potrebbe obiettare che la previsione faccia riferimento non alla condanna ad un *facere tout court*, bensì alla sola azione volta ad ottenere il provvedimento richiesto e implicitamente o espressamente negato dalla P.A., giusto il rilievo di cui all'art. 34, lett. c), ult. parte, c.p.a.; cosicché la considerazione della pretesa nel senso descritto sarebbe riferibile solo a quell'ipotesi. Tuttavia, l'obiezione sarebbe mal posta, in quanto, a parte quest'ultimo rinvio, la previsione di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a. riguarda in via generale l'azione ovvero il silenzio: si dovrebbe allora ritenere che essa presupponga, in ogni caso, il riferimento ad una pretesa rivolta all'utilità finale.*

La tesi di L. Ferrara parrebbe porsi in contrasto anche con l'ulteriore statuizione del medesimo art. 31, co. 3, c.p.a., relativa all'esaurimento della discrezionalità. Secondo quanto si evince espressamente dal suo dato testuale, infatti, la norma richiamata non fa riferimento unicamente ad un'attività in astratto vincolata, ma anche ad ipotesi in cui la discrezionalità, pur sussistente sul piano normativo, sia in concreto esaurita. Ebbene, se la consistenza della situazione giuridica presa in considerazione fosse quella di una pretesa al corretto esercizio della discrezionalità, l'esaurimento della discrezionalità non potrebbe risultare coperto dall'accertamento giudiziale, giacché, come si è spiegato, in quella prospettiva l'effettuazione della scelta attiene alle modalità di esecuzione dell'obbligo, e non avrebbe quindi ripercussioni sulla condanna. La situazione giuridica, e quindi la condanna, si rapporterebbe, infatti, alla regolamentazione normativa del potere: sia nell'ipotesi in cui la P.A. abbia già effettuato la scelta discrezionale e non residuino margini ulteriori di valutazione (discrezionalità esaurita in senso stretto), sia anche, a ben vedere, nel caso in cui, a fronte di una discrezionalità astrattamente presente nel dettato normativo, si presenti una sola scelta validamente perseguibile (assenza di discrezionalità in concreto), la condanna si rivolgerebbe quindi, in ogni caso, al corretto esercizio della discrezionalità, in ragione della consistenza della situazione giuridica presa in considerazione. Salvo, allora, non ammettere un altro genere di preclusione, all'accertamento giudiziale risulterebbe comunque estraneo l'esaurimento della discrezionalità: ciò che porrebbe nel nulla, anche sotto tale profilo, il dettato dell'art. 31, co. 3, c.p.a., che una siffatta ipotesi invece espressamente viene ad enucleare. Il dettato normativo, infatti, nel considerare la possibilità che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, si riferisce esplicitamente ad una vicenda ulteriore rispetto ad un'attività vincolata in astratto. Esso prende in considerazione, cioè, da un lato il caso in cui la discrezionalità, astrattamente presente nel dettato normativo, sia in relazione al fatto concreto insussistente, giacché vi sarebbe in quella vicenda storica una sola scelta validamente perseguibile (assenza di discrezionalità in concreto); dall'altro l'ipotesi in cui i profili di

zione giuridica da porre ad oggetto del giudizio; e il problema da affrontare è quello di giustificare la relativa costruzione nel momento in cui si sia al cospetto della discrezionalità amministrativa.

Ora, la costruzione di una situazione giuridica soggettiva, in capo al privato, configurata nel senso di pretesa all'atto favorevole, comporta che, secondo un modello che verrà meglio specificato nel proseguo della trattazione, la situazione giuridica di potere, di cui è titolare l'Amministrazione, possa essere strutturata quale obbligo al corrispondente atto precettivo. Sul punto, possono aversi, sotto un profilo logico, tre differenti alternative.

Secondo una prima prospettiva, si può assumere che il carattere proprio della scelta ascrivibile alla discrezionalità non sia tale da influire sulla determinazione della fattispecie. In altri termini, l'integrazione della fattispecie non comporta la rilevanza, quale suo elemento, della preferenza accordata dall'Amministrazione in ordine alla scelta da compiersi. Per questa via, la questione è risolta, come è evidente, negandosi alla discrezionalità un rilievo differente (ci sia consentito rimanere per ora in questi termini generici) da quello che viene conferito all'interpretazione giuridica; è risolta, cioè, in definitiva, negandosi lo stesso problema della discrezionalità.

esercizio della discrezionalità risultino esauriti in ragione delle scelte effettuate dall'Amministrazione (discrezionalità esaurita in senso stretto). Se tale previsione, così interpretata, viene posta in relazione all'impostazione che vede nella situazione giuridica oggetto del giudizio il diritto all'attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole, essa appare allora del tutto incongrua, atteso che l'effettuazione della scelta, attenendo alle modalità di esecuzione dell'obbligo, non avrebbe ripercussioni sulla condanna, la quale solo potrebbe rapportarsi alla situazione giuridica e alla sua lesione, giacché, come si è avuto modo di spiegare, nella prospettiva in esame la situazione giuridica, oggetto del giudizio, e quindi dell'accertamento giudiziale, è quella la cui sussistenza è rappresentata dall'integrazione in concreto dei presupposti normativi sostanziali di natura vincolata, relativi all'esercizio del potere. Non avrebbe allora senso, in tale scenario, enucleare un'ipotesi quale quella dell'esaurimento della discrezionalità, e porla in correlazione con l'accertamento giudiziale della situazione giuridica dedotta in giudizio: l'esaurimento della discrezionalità sarebbe, infatti, comunque estraneo a quest'ultima; mentre esso potrebbe assumere rilevanza laddove si consideri che l'oggetto della situazione giuridica, avente la struttura della pretesa, sia – come appunto individuato, ancorché implicitamente, dalla norma – l'interesse materiale del privato.

⁸⁴ Sul punto, sul fatto che l'art. 31, co. 3, c.p.a., sia, nei limiti individuati, norma 'processualmente neutra', in quanto deve rapportarsi ai termini della situazione oggetto di ricostruzione sotto il profilo sostanziale, cfr. *Potere e situazioni soggettive*, I, p. 345.

In un secondo senso, senza mettersi in discussione il carattere proprio della discrezionalità, si espunge invece il presupposto correlato a tale tipo di scelta dal fatto costitutivo della situazione giuridica di pretesa, e lo si ascrive invece al fatto impeditivo o estintivo della pretesa stessa. In tal modo, la situazione può essere configurata se il fatto impeditivo o estintivo non è fatto valere.

Nessuna di queste possibilità appare condivisibile.

La prima delle due comporta infatti che, a fronte di un particolare caso concreto, in ordine alla produzione o meno di una determinata situazione effettuale (o, il che è lo stesso, di una determinata situazione effettuale invece di un'altra) vi sia *una sola scelta legittima*. Più in particolare, potrà anche essersi al cospetto di una situazione in cui vi siano una pluralità di opzioni plausibili, in cui vi possa essere un disaccordo su quale sia l'opzione preferibile, ma, *al pari di quello che accade in ordine ad una qualsiasi attività interpretativa*, la scelta sull'opzione da preferire competerà all'organo deputato al suo accertamento in via definitiva: la ricostruzione compiuta dall'Amministrazione sarebbe quindi compiutamente sostituibile e riproducibile da parte del giudice, nel senso che – si badi – la scelta sull'opzione che si ritiene di preferire sarebbe *in ogni caso* quella accordata dall'autorità giudiziaria che procede all'accertamento⁸⁵. Ora, in disparte

⁸⁵ Invero, le posizioni che si rinvergono sul punto solitamente non arrivano a tali conseguenze, in quanto spesso rivolte non alla ricostruzione delle situazioni giuridiche soggettive, ma all'analisi di altri profili, quali in particolare quelli attinenti alla natura della discrezionalità amministrativa e al suo sindacato. In molti casi, inoltre, non è neppure chiarissimo il riferimento alla sussistenza o meno di una sola scelta legittima in relazione ad una determinata fattispecie concreta, stante l'utilizzo di formule ambigue in relazione all'operato del giudice amministrativo (quale 'completamente' o 'integralmente' sindacabile, ecc.). La conclusione, tuttavia, non potrebbe essere diversa da quella appena esposta: se, in ordine alla decisione concernente la produzione di un determinato effetto precettivo, si struttura la fattispecie sostanziale di modo che (lo si ammetta o meno espressamente) il margine di scelta venga ascritto all'attività di qualificazione normativa, o comunque sia a questa equiparato nelle conseguenze, allora, tra le differenti scelte opinabili in relazione al singolo caso concreto, la scelta legittima sarà quella effettuata dall'autorità giudiziaria, davanti alla quale la questione è portata all'esame, che potrà sostituirla a quella già compiuta ovvero compierla direttamente, qualora la situazione giuridica soggettiva di pretesa assurga ad oggetto del giudizio.

In effetti, in molte delle ricostruzioni in questione i relativi aspetti non sono chiaramente messi in luce: da un lato, infatti, chi prende in considerazione il processo di annullamento dell'atto presuppone che comunque una scelta sia già stata compiuta dall'Amministrazione, per cui la sostituzione avverrebbe comunque all'esito della sua confutazione; dall'altro, si utilizzano molte volte espressioni ambigue, quali piena o compiuta sindacabilità, senza portarsi l'imposta-

qualsiasi rilievo in ordine al rapporto tra discrezionalità e interpretazione sotto il profilo teorico⁸⁶, una siffatta evenienza risulta esclusa dal diritto positivo: l'art. 31, co. 3, c.p.a. prescrive infatti, come già ricordato, che il giudice non possa pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa, qualora sussistano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, ovvero non siano necessari adempimenti istruttori riservati alla P.A., così presupponendo la possibilità di una pluralità di alternative legittime, rispetto alle quali viene lasciata all'Amministrazione la relativa scelta.

La seconda impostazione, espungendo, come detto, dal fatto costitutivo l'elemento afferente alla scelta discrezionale, e riconducendolo ad un fatto impeditivo o estintivo, lo configura, nella sostanza, come contenuto di un potere che, sul piano funzionale, consente di restringere la sfera giuridica del titolare della pretesa⁸⁷. Ora, se gli elementi afferenti alla discrezionalità corrispondessero ad un potere sostanziale di carattere estintivo o impeditivo, sul versante processuale dovrebbe sussistere un'eccezione in senso stretto (un'eccezione, cioè,

zione assunta alle sue naturali conseguenze. Cfr. per alcune tesi, in particolare con riferimento a quella di F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa 'non discrezionale'*, Napoli, 1991, pp. 80 ss. e 183 ss.; sembrerebbe nello stesso senso anche M. GIOIOSA, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012, spec. pp. 300 ss., 329 ss., 358 ss. e 370 ss. Differentemente invece, l'approccio di E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008, *passim*, che parla espressamente di piena sostituibilità del giudice nelle scelte dell'Amministrazione, cosicché il giudice potrebbe applicare, al pari di quanto avviene in qualsiasi attività interpretativa, l'opzione che ritiene preferibile (pp. 45-46, p. 133); ma ciò in ragione di una rideterminazione, da parte dell'A., degli stessi confini della discrezionalità amministrativa in senso proprio, la quale sussisterebbe soltanto ove risulti ravvisabile un effettivo legame con la politicità della scelta (l'area essenzialmente riferibile all'alta amministrazione), e quindi una sfera libera-politica riconosciuta all'Amministrazione.

⁸⁶ Su cui si rimanda a quanto detto in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 417 ss.

⁸⁷ La configurazione di un potere sostanziale è data dalla circostanza che non potrebbe riconoscersi efficacia già in sé al fatto impeditivo o estintivo (fatto a cui, al limite, l'Amministrazione dovrebbe attribuire giuridica rilevanza all'interno del procedimento, quasi una sorta di eccezione in senso stretto auto-sollevata nel procedimento). Se così fosse, infatti, verrebbe meno il valore della scelta discrezionale della P.A. nell'esercizio del potere stesso.

La ricostruzione in questione viene considerata, invero in termini critici, da L. FERRARA, *Dal giudizio*, cit., p. 186 ss., riprendendo e generalizzando un'impostazione che M. CLARICH, *Termine del procedimento*, cit., pp. 106-107, aveva riferito ad una particolare ipotesi di acquisto della cittadinanza. Viene ripresa in termini maggiormente possibilistici in L. FERRARA, *Individuo e potere*, cit., p. 58, in ordine alle libertà garantite dal diritto costituzionale o dell'UE, come quella economica (in tale ultima prospettiva, peraltro, al potere ablatorio parrebbero attere tutti gli elementi, anche vincolati, oggetto di valutazione).

da sollevarsi necessariamente su istanza di parte) del medesimo contenuto ⁸⁸. L'art. 31, co. 3, c.p.a., tuttavia, sconfessa tale conclusione. Esso, infatti, nel prevedere che il giudice non debba pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa laddove residuino profili ulteriori di discrezionalità, considera appunto la discrezionalità residua come un fatto di cui il giudice deve valutare la sussistenza: non vi è dubbio, in proposito, che se dalla decisione effettuata in sede amministrativa non possa quantomeno presumersi che la discrezionalità sia esaurita (si pensi al caso in cui non vi sia stata alcuna scelta discrezionale, o addirittura non si sia pervenuti ad alcuna decisione), il requisito di cui alla norma appena richiamata non potrebbe dirsi integrato.

In tale prospettiva, la terza modalità per pervenire alla configurazione di una pretesa ad ottenere l'utilità finale è quella allora che più interessa. Essa attiene alla prospettiva per cui la fattispecie della situazione giuridica di pretesa ricomprende la determinazione della preferenza in ordine alla scelta discrezionale da compiersi, e la discrezionalità mantiene il suo carattere di scelta propria dell'Amministrazione. La considerazione della concreta sussistenza della situazione giuridica può verificarsi, in tale ipotesi, laddove si possa considerare avvenuta la determinazione della preferenza.

Il problema, in tale scenario, è però quello di configurare una situazione giuridica di pretesa che possa qualificarsi come tale anche prima dell'effettiva determinazione della preferenza; che possa, cioè, in questo senso, considerarsi sussistente a prescindere dall'effettiva esplicazione del potere.

Ora, l'impostazione appena descritta, nel riferirsi all'utilità finale, è propria di un ampio filone ricostruttivo, che, come già accennato, ha ricevuto riscontro nella dottrina amministrativistica, il quale ha cercato di configurare una situazione giuridica che avesse la consistenza di una pretesa all'utilità finale/provvedimento favorevole, ponendosi, in massima parte, in continuità con

⁸⁸ Se, infatti, lo stesso fatto che è a fondamento dell'eccezione potesse essere rilevato d'ufficio dal giudice, allora semplicemente non potrebbe configurarsi in capo alla parte un potere nel senso descritto, perché la situazione effettuale corrispondente non dipenderebbe dall'esercizio di detto potere, ma risulterebbe già sussistente nella realtà giuridica.

l'indirizzo della Cassazione di cui alla sent. n. 500/1999. Il riferimento al bene della vita, che in tale pronuncia ha trovato riscontro nell'ammissione della tutela risarcitoria, ha permesso infatti di evocare, come già ricordato, una logica di 'spettanza'⁸⁹. Su tale base, si è potuto procedere ad una ricostruzione della situazione giuridica soggettiva, che fronteggia il potere amministrativo (l'interesse legittimo, o una nuova situazione che ad esso, concepito in senso tradizionale, si andrebbe ad affiancare), intendendola sempre come pretesa rivolta al conseguimento dell'utilità finale, pretesa che deve quindi poter ottenere piena tutela, per equivalente e/o in forma specifica. La situazione giuridica, così configurata, assurgerebbe ad oggetto del giudizio attraverso i rimedi già presenti con la l. n. 205/2000, nel solco del quale il filone in esame essenzialmente si è situato; il riferimento è, in particolare, all'utilizzo dell'azione risarcitoria, anche in forma specifica, esperibile davanti al giudice amministrativo. In questo senso, il giudizio sulla spettanza sarebbe quindi un giudizio di condanna (per equivalente o in forma specifica), ovvero costitutivo in quanto cognitivo ed esecutivo ad un tempo, nel senso già chiarito⁹⁰.

Nell'ambito di questa prospettazione, possono considerarsi due generali indirizzi ricostruttivi. Secondo il primo, che potremmo riferire ad una concezione del rapporto in senso pienamente o compiutamente dinamico, l'accertamento giudiziale dovrebbe comunque pervenire alla definizione della pretesa⁹¹.

⁸⁹ Definizione, come detto, introdotta da G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 287 ss., spec. pp. 298 ss. e 315 ss., ma che invero, come pure si è già avvertito, è stata poi largamente utilizzata, in diverse declinazioni, da parte della dottrina. In particolare, il riferimento, secondo l'illustre A., sarebbe quello ad un rapporto in senso da noi definito (cfr. subito *infra*) 'staticizzato', non invece dinamico. Cfr. anche, a tal proposito, il successivo saggio G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 241 ss., spec. pp. 245 ss. e 252 ss.

⁹⁰ Si vedano in particolare D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, spec. p. 170 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, p. 171 ss.

⁹¹ È la tesi di G. GRECO, il quale, modificando l'originaria impostazione sostenuta ne *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, (ove si faceva riferimento ai soli elementi 'rigidi' del rapporto), è pervenuto alle conclusioni descritte nel testo in varie occasioni: cfr. in particolare ID., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 481 ss.; ID., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto un aggiornamento sul tema*, in F. FRANCARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggetti della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, Napoli, 2017, p. 27 ss.

Per il secondo, a cui potremmo invece ricondurre una definizione del rapporto in senso 'staticizzato', l'accertamento giudiziale copre la pretesa soltanto in relazione ai suoi elementi vincolati e relativi a profili discrezionali in ordine ai quali la scelta è già stata compiuta (elementi 'statici' o 'staticizzati', appunto), cosicché, in mancanza di una piena staticizzazione, si assisterebbe ad un accertamento soltanto parziale della pretesa, e ad una sentenza ad un siffatto accertamento corrispondente. La staticizzazione, a sua volta, sarebbe quella riferibile all'esito del procedimento, secondo un'impostazione ammessa generalmente in dottrina, ovvero, in alcune teorizzazioni, anche quella che può avvenire nel corso del processo: in quest'ultima ipotesi, l'Amministrazione non avrebbe l'onere di far valere in giudizio i profili discrezionali dell'azione, ma le si riconoscerebbe una facoltà nel medesimo senso (che, ovviamente, essa andrebbe ad esercitare qualora lo ritenesse conveniente)⁹².

Invero, non sempre risulta agevole ascrivere le varie tesi dottrinali che si confrontano sul punto all'una o all'altra ottica indicata, né, in definitiva, addivenire ad una compiuta ricostruzione dei due differenti indirizzi concettuali. Non pare, infatti, esservi piena contezza della necessità di giustificare sul piano sostanziale la consistenza della situazione giuridica posta ad oggetto dell'accertamento giudiziale; e del fatto che, appunto dalla consistenza di detta situazione, e dal suo assurgere ad oggetto del giudizio, derivi un onere di dedurre tutti gli elementi idonei a dimostrarne la sussistenza/insussistenza (della pretesa all'utilità finale; della pretesa all'utilità finale in quanto staticizzata), secondo quanto si è avuto modo di spiegare.

In particolare, in merito alla tesi del rapporto inteso in senso staticizzato potrebbe ritenersi che l'impossibilità di accedere al sindacato giurisdizionale per gli elementi 'non staticizzati' della fattispecie, tradisca in realtà l'effettiva consistenza della situazione giuridica, che verrebbe a declinarsi, ancora una volta,

⁹²Nella prospettiva in esame, che la staticizzazione possa avvenire anche nel corso del processo si ritrova, se ben si è inteso il pensiero dell'A., in A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione*, II, cit., p. 358 ss. e 448 ss. Sul concetto di rapporto 'staticizzato' si veda in generale quanto si dirà nel par. successivo.

non come pretesa ad un'utilità finale, ma come pretesa a ciò che è normativamente garantito.

Per quanto concerne la tesi del rapporto inteso in senso dinamico, essa incorre invece nella seguente obiezione. La dinamicità del rapporto è data, come accennato, dalla circostanza che la discrezionalità andrebbe necessariamente esaurita (quantomeno) nel processo, ciò che appunto consentirebbe all'interesse legittimo di qualificarsi come pretesa all'utilità finale. A tal fine, si considera che, ammettendosi che la situazione del privato possa essere posta ad oggetto del giudizio attraverso l'esperimento della corrispondente azione (in particolare, l'azione di adempimento, che potrebbe essere utilizzata, aggiungiamo noi, tanto per gli interessi pretensivi, quanto per quelli oppositivi, come condanna ad un *non facere*), si dovrebbe poi conseguentemente ricavare che, in tale circostanza, se è onere del ricorrente dedurre e fornire la prova di quelli che potremmo definire elementi statici della fattispecie, per quanto concerne gli elementi riferibili alla discrezionalità il privato non potrebbe che richiedere strumenti (ordinanze istruttorie o cautelari) che siano idonee a provocarne l'esaurimento; dal canto dell'Amministrazione, sarebbe suo onere addurre tutti i motivi che si oppongono all'accoglimento della domanda (concernente la pretesa all'utilità finale); il giudice potrebbe comunque, si aggiunge, provvedere all'utilizzo di strumenti (quelli, si deve intendere, richiesti dalla parte o adottabili d'ufficio) al fine di provocare l'esaurimento della discrezionalità⁹³.

Un siffatto ragionamento pare tuttavia evidentemente tautologico. Da un lato, infatti, l'interesse legittimo verrebbe a qualificarsi come pretesa all'utilità finale, nella sostanza, in quanto la discrezionalità dovrebbe comunque esaurirsi in giudizio; dall'altro, l'esaurimento della discrezionalità costituirebbe un onere per la P.A. nel momento in cui l'interesse legittimo, così configurato, è posto ad oggetto del giudizio. Non è un caso la stessa impostazione in esame non porta la tesi dell'onere sino alle sue compiute conclusioni. Ed infatti, se fosse onere

⁹³ Cfr. G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto*, cit., p. 63 ss.

dell'Amministrazione esaurire la discrezionalità in giudizio, ed espletare gli eventuali adempimenti istruttori ad essa riservati al fine di evitare la condanna, non dovrebbe essere onere del ricorrente provarli, né potrebbe il giudice sopperire al mancato assolvimento dell'onere. Più in particolare, se di onere si trattasse, anche nell'ipotesi in cui nessuna difesa sia addotta dalla P.A., e nessuna attività giudiziale sia espletata in tal senso, la discrezionalità – si badi – dovrebbe comunque considerarsi esaurita, e il giudice dovrebbe, conseguentemente, pronunciarsi in ogni caso sulla fondatezza della pretesa: se, infatti, l'accertamento è rivolto alla situazione giuridica soggettiva, nel senso che essa costituisce appunto l'oggetto dell'accertamento giudiziale, e se la stessa si configura quale pretesa all'utilità finale, allora l'accertamento di cui si discorre riguarderà comunque detta situazione giuridica (e quindi la spettanza o meno, in via definitiva, dell'utilità finale), a prescindere dalle difese dell'Amministrazione. L'onere deriverebbe quindi, in ossequio al principio del dedotto e del deducibile, dalla circostanza che, una volta intervenuto l'accertamento, l'Amministrazione si vedrebbe precluso il riesercizio del potere sulla base di ulteriori rilievi (riguardanti o meno profili discrezionali) che possano portare ad un risultato contrastante con detto accertamento.

Non potendo farsi riferimento ad una situazione giuridica che proprio dalla realtà processuale dovrebbe derivare la propria consistenza, mancherebbe, quindi, una base a cui rapportare tale ricostruzione.

Vi sarebbe, invero, un'ulteriore alternativa, attraverso la quale pervenire ad una ricostruzione di una situazione giuridica quale pretesa all'utilità finale. Questa, in realtà, non costituisce una categoria a sé stante, ma è indicativa, piuttosto, di un'ipotesi trasversale, il cui realizzarsi risulta idoneo ad incidere, in sé, sulla consistenza della situazione giuridica del privato. Si può, cioè, configurare una pretesa alla produzione o alla non produzione dell'effetto qualora si individui, al verificarsi di particolari circostanze, una preclusione di ordine sostanziale o processuale (ovviamente, in relazione a quest'ultima ipotesi, differente da

quella che deriva dall'accertamento della stessa situazione giuridica): nel momento in cui la preclusione si realizza, infatti, i profili di discrezionalità diventano irrilevanti ai fini della configurazione del rapporto con il potere nel senso di pretesa-obbligo.

Sotto il profilo processuale, non sembra però potersi dedurre alcuna preclusione idonea a mutare la consistenza della situazione giuridica dedotta in giudizio. Questa, infatti, non potrebbe fondarsi sul principio del dedotto e del deducibile, il quale, secondo la rappresentazione appena fornita, non estende l'oggetto del giudizio, ma, al contrario, determina in relazione a quest'ultimo la sua portata, attenendo alla sua tenuta (concerne, cioè, non il giudicato sostanziale, ma il giudicato formale)⁹⁴. Neppure può farsi riferimento ad altra preclusione processuale, atteso che non soltanto non vi è una previsione espressa in tal senso⁹⁵, ma al contrario è espressamente previsto, all'art. 31, co. 3, c.p.a.,

⁹⁴ In questo senso C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 275 ss. Cfr. anche ID., *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 177. Analogamente, sull'ininfluenza del principio del dedotto e del deducibile, inteso in senso tecnico, a restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 391; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, pp. 64-65; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, pp. 108-110. Cfr. anche M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Milano, 1989, p. 151; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, pp. 97-98.

La portata del principio, del resto, è ben chiara allo stesso G. GRECO, *Giudizio sull'atto*, cit., pp. 40 ss., p. 42, secondo cui il problema “non riguarda l'ampiezza che assume detto criterio nel giudizio civile o amministrativo. Esso riguarda viceversa (come sempre avvertito anche in passato) l'oggetto del giudizio amministrativo di annullamento, che può non essere il medesimo rispetto al giudizio civile di annullamento del contratto e, in genere, rispetto alle azioni costitutive di impugnazioni negoziali”.

⁹⁵ Si noti come con l'introduzione dell'azione di adempimento ad opera del Secondo correttivo, non è stata riprodotta quella particolare previsione, contenuta nel progetto originario del Codice del processo amministrativo, e poi espunta insieme alla iniziale eliminazione dell'azione di adempimento dal testo definitivo, ove si disponeva che “*le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa*”. Tale previsione avrebbe infatti potuto essere interpretata nel senso di predisporre una preclusione processuale in ordine a tali elementi, idonea, come tale, a dare fondamento (in maniera, è evidente, del tutto differente da quanto attiene alla regola del dedotto e del deducibile) ad un accertamento giudiziale che fosse riferibile alla pretesa all'utilità finale, al rapporto, cioè, in senso dinamico (ma su tale conclusione potrebbe anche discutersi: secondo L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., p. 650, ed ivi n. 123, la disposizione poteva essere interpretata sia come riferimento a tutti gli elementi del fatto costitutivo di una situazione giuridica intesa quale pretesa alla possibilità normativa del risultato favorevole, sia nel senso di consentire un giudizio avente ad oggetto il rapporto inteso in senso dinamico). In mancanza, non sussisterebbe una previsione normativa a cui ancorare

come più volte ripetuto, che il giudice non possa pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa qualora residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e siano necessari adempimenti istruttori riservati all'Amministrazione. Se, allora, per ottenere una pronuncia che accerti la fondatezza della pretesa all'utilità finale è necessario che la discrezionalità sia esaurita, la discrezionalità non potrà esaurirsi semplicemente in ragione dell'aver posto ad oggetto del giudizio una situazione giuridica soggettiva che dalla normativa dell'azione di adempimento dovrebbe trarre la sua consistenza di pretesa all'utilità finale: si ricadrebbe, infatti, nella tautologia poc'anzi accennata.

La preclusione, quantomeno generalizzata, non potrebbe poi conseguire neppure in via sostanziale. Le preclusioni di carattere sostanziale ipotizzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza (peraltro, non tutte riferibili ad un solo episodio di esercizio del potere) non appaiono infatti convincenti ⁹⁶, e, peraltro, devono essere ora rapportate al nuovo art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 120 dell'11 settembre 2020.

La nuova previsione ha, in effetti, introdotto una preclusione di carattere procedimentale nel nostro ordinamento. In particolare, è stato stabilito che, nell'ipotesi in cui la dialettica procedurale si sia sviluppata nel senso che, a fronte del preavviso di rigetto comunicato dall'Amministrazione, l'istante abbia presentato osservazioni, nel caso di annullamento in giudizio del provvedimento, la P.A., nell'esercitare nuovamente il suo potere, non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato. Tale preclusione, tuttavia, secondo quanto in altra sede si è avuto modo approfonditamente di spiegare ⁹⁷, pare avere un'impronta piuttosto restrittiva, in quanto risulta strettamente collegata, nella sua portata, nelle sue modalità esplicative e nei suoi effetti, alla dinamica procedimentale e processuale nella quale

una siffatta preclusione.

⁹⁶ Sul punto, sia consentito rinviare a quanto da noi sostenuto in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 346 ss.

⁹⁷ Per una compiuta analisi della nuova normativa, sia consentito rimandare ad A. CARBONE, *Prime considerazioni sulla modifica dell'art. 10 bis, l. n. 241/1990. Preavviso di rigetto e preclusioni*, cit.

viene ad essere inserita, da cui quindi ricava necessariamente limiti corrispondenti; in tal modo escludendo anche, per altro verso, la possibilità di ulteriori modalità preclusive in via interpretativa.

6. La distinzione, nella configurazione dell'interesse legittimo quale pretesa all'utilità finale, del rapporto in senso dinamico e del rapporto in senso staticizzato, quali alternative ad essa riferibili. La differenza con il rapporto in senso statico che caratterizza la pretesa all'utilità strumentale. Il rapporto inteso in senso staticizzato come fondamento dell'interesse legittimo quale situazione giuridica strutturalmente peculiare, avente ad oggetto l'utilità finale. Rilievi problematici e spunti ricostruttivi

Invero, quanto detto in ordine alle concezioni che configurano una pretesa all'adozione o alla non adozione di un provvedimento consente di soffermare l'attenzione su un ulteriore aspetto, che costituisce un profilo di importante differenziazione rispetto a quelle tesi, precedentemente analizzate, che configurano invece una pretesa in ragione di ciò che risulta normativamente garantito.

In effetti, se ci si pone nell'ottica del rapporto in senso 'compiutamente dinamico', o 'staticizzato', si presuppone che gli elementi relativi alla fattispecie della situazione giuridica, configurata appunto come pretesa a che la situazione effettuale sia posta o non sia posta in essere, si vengano, per così dire, a 'staticizzare' nel momento in cui la spendita di discrezionalità sia avvenuta (e sempreché, si intende, sia avvenuta legittimamente o non sia toccata dall'illegittimità riscontrata). In questo senso si giustifica il riferimento, effettuato da parte della dottrina, a sentenze di rigetto allo stato degli atti o a sentenze di condanna parziale⁹⁸: si presuppone, evidentemente, un accertamento soltanto parziale della situazione giuridica.

Il punto è rilevante in quanto, secondo pacifica impostazione della scienza processualistica, l'accertamento giudiziale non copre i singoli fatti, ma ha ad oggetto la situazione giuridica (detto altrimenti, i fatti sono oggetto di cognizio-

⁹⁸ Cfr. *supra*, al par. precedente.

ne in relazione alla situazione giuridica, ma solo quest'ultima è oggetto di accertamento). Ora, la concezione di una situazione giuridica configurata nel senso di una pretesa all'utilità finale, il cui accertamento avviene in termini più o meno completi in relazione al grado di 'staticizzazione' della fattispecie, comporta il seguente risultato: ancorché i singoli fatti non siano oggetto di accertamento, l'accertamento stesso riguarderà la situazione giuridica nel suo livello di staticizzazione, e come tale sarà idoneo a coprire le valutazioni discrezionali già effettuate a detta situazione correlate.

Viceversa, si è già avuto modo di evidenziare come concepire una situazione giuridica che abbia la consistenza di una pretesa a ciò che è normativamente garantito, in vario senso declinata, comporta che l'accertamento compiuto dal giudice in ordine alla situazione giuridica sarà comunque estraneo alle scelte discrezionali espletate. Ciò vale con particolare riguardo per l'impostazione che configura l'interesse legittimo come pretesa all'attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole, il cui fatto costitutivo è determinato dai presupposti sostanziali, di natura vincolata, dell'esercizio del potere. Salvo infatti che il potere sia vincolato in astratto (mancanza di discrezionalità in astratto, in cui l'oggetto della situazione giuridica consiste normativamente nell'attribuzione dell'utilità finale), l'esaurimento delle valutazioni discrezionali (esaurimento della discrezionalità in senso proprio), ma a ben vedere anche la circostanza che, nel caso concreto, sussista una sola scelta legittima (mancanza di discrezionalità in concreto), sono elementi che non potranno essere coperti dalla decisione di condanna: nessun vincolo deriverebbe dal giudicato, in quanto la condanna sarà sempre uguale a sé stessa, vertendo sulla garanzia normativa accordata all'interesse del privato (il corretto esercizio del potere discrezionale)⁹⁹.

Le considerazioni appena effettuate ben si prestano a spiegare un'ulteriore ricostruzione dottrinale, avanzata da chi, nella sostanza, perviene, attraverso

⁹⁹ Cfr. *supra*, nel testo e in nota.

di essa, ad un tentativo di fornire una compiuta base concettuale a ciò che da parte nostra è stato definito come rapporto ‘staticizzato’.

Tale ricostruzione, partendo dalla necessità, già sopra riferita, di opporsi alla svalutazione del substrato assiologico riferibile alla situazione giuridica, come detto propria dell’ottica normativista di risoluzione nel riflesso della norma delle situazioni soggettive, ha ritenuto necessario ribadire che diritto soggettivo e interesse legittimo debbano essere considerate come situazioni strutturalmente diverse, e potenzialmente attinenti al medesimo interesse di un soggetto, rispetto al quale cambierebbe la relativa modalità di protezione¹⁰⁰. In questa prospettiva, si afferma che se il diritto soggettivo individua una protezione giuridica dell’interesse stabilita *a priori* e in astratto dalla norma sostanziale, l’interesse legittimo, quale posizione che può quindi intendersi come appartenente al piano della teoria generale, trova riscontro ogniqualevolta l’ordinamento non determina la soluzione sostantiva del conflitto sociale, ma si limita a predisporre i congegni per la sua soluzione¹⁰¹. All’esito dell’esperimento di tali congegni (essenzialmente, quelli attinenti alla struttura procedimentalizzata del

¹⁰⁰ È questa la prospettiva di A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., p. 273 ss., già peraltro in via generale rappresentata in ID., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, cit., p. 981 ss. (ove era presente il riferimento alla funzionalizzazione dell’interesse legittimo all’interesse pubblico, poi non più ripresa). L’illustre A. parte dalla prospettiva secondo cui configurare logicamente una sola situazione giuridica soggettiva favorevole (e, per altro verso, una sola situazione giuridica soggettiva sfavorevole) deriverebbe dalla perdita del valore categoriale della soggettività giuridica, e dalla conseguente emersione di situazioni giuridiche normative, concepite, cioè, quale mero riflesso di una norma, senza che sia tenuta in dovuto conto la consistenza assiologica intrinseca alla pretesa oggetto della situazione giuridica soggettiva stessa. Si afferma dunque (ID., *Giudice amministrativo*, cit., p. 280) che “secondo una ricostruzione assiologicamente orientata *a parte subiecti* delle situazioni giuridiche soggettive, queste ultime sono fondamentalmente impennate su quegli interessi che, promanando direttamente dalla sfera esistenziale del soggetto storico, coincidono in buona sostanza con le utilità “finali” cui esso si presume aspiri (la possibilità di edificare sull’area di cui si ha la disponibilità; la conservazione della proprietà del fondo; ecc.)”, mentre, laddove si riducano le modalità di riconoscimento degli interessi del soggetto a situazioni giuridiche favorevoli strutturalmente identiche, l’oggetto di esse consisterà (p. 279) in “una qualche – e qualunque – pretesa, non altrimenti rilevante per le proprie caratteristiche intrinseche” (non, quindi, necessariamente coincidente con l’utilità finale del soggetto), purché dotata di garanzia di soddisfazione giuridica. In generale, cfr. inoltre ID., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 48 ss.; ID., *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, *ivi*, 2002, p. 461 ss.

¹⁰¹ A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo*, cit., p. 283 ss.

potere, idonei ad inserire l'esercizio di quest'ultimo in un percorso di oggettivizzazione e razionalizzazione), l'astratta possibilità di realizzazione può trasformarsi tanto in necessità di realizzazione, quanto in impossibilità realizzativa, nonché, ancora, nel permanere dell'incertezza¹⁰². La configurazione, in tal modo effettuata, della situazione giuridica, non consente di porre ad oggetto della stessa gli interessi che stanno alla base dei differenti congegni procedurali (gli interessi procedimentali): questi ultimi sono protetti in termini di necessaria realizzazione, ma sono rivolti appunto ad un referente assiologico estraneo al contenuto dell'interesse legittimo, la cui tutela attiene invece alla dissipazione della condizione di strutturale incertezza circa la soddisfazione dell'interesse materiale di base del suo titolare¹⁰³. Il giudice dell'interesse legittimo avrebbe allora il compito di accertare la consistenza dell'aspettativa giuridica di realizzazione dell'interesse materiale di base che viene a concretarsi in capo al titolare in seguito all'esplicazione dei congegni sostanziali; e l'unico limite che incontrerebbe in tal senso sarebbe quello dell'impossibilità di supplire egli stesso alla mancata attivazione di detti congegni sostanziali (non può controllare, in altri termini, la 'discrezionalità non spesa')¹⁰⁴. In tale prospettiva, è possibile configurare un giudizio di 'spettanza'¹⁰⁵, in cui la portata dell'accertamento giudiziale verrebbe a rapportarsi con l'esito dell'esplicazione dei relativi congegni sostanziali¹⁰⁶.

¹⁰² A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 286 ss.

¹⁰³ A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 291 ss., ove si afferma che la violazione delle norme procedurali che tutelano i relativi interessi procedimentali si pone di per sé sola come fatto lesivo rispetto ad essi, mentre la medesima violazione non potrebbe configurarsi come lesiva dell'interesse legittimo ove la possibilità di realizzazione dell'interesse materiale di base a quest'ultimo riferibile in concreto e obiettivamente non sussista. Sul punto cfr. anche A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, p. 228 ss.; ID., *I problemi di un problema*, cit., p. 64.

¹⁰⁴ A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo*, cit., p. 288, riprendendo l'espressione di F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, cit., p. 395. Cfr. anche A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, cit., p. 981; nonché ID., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 344 ss.

¹⁰⁵ A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo*, cit., p. 289 ss., per cui, una volta inteso nel senso spiegato la figura dell'interesse legittimo, la "logica della spettanza", precedentemente ritenuta tipica ed esclusiva della tutela di diritto soggettivo, potrebbe ad esso applicarsi.

¹⁰⁶ La configurazione di un giudicato sulla spettanza che si declini non secondo una logica binaria, per la quale il bene oggetto del contendere o compete o non compete a colui che lo

Nella tesi appena descritta, dunque, l'esigenza di porre ad oggetto della situazione giuridica l'interesse all'utilità finale viene risolta facendo riferimento ad una particolare struttura della situazione giuridica: detta situazione, infatti, non consiste in una pretesa in senso tecnico, ma, rispetto ad essa, vi è un tentativo di articolare, appunto su base strutturale, una relazione che non si pone su una logica puramente binaria, ma in una più complessa scansione ternaria. In tal modo, la dottrina in esame è in grado, senza rinunciare alla rilevanza assiologica della situazione giuridica, e senza dover riuscire a giustificare una pretesa in senso tecnico all'utilità finale, di configurare un giudizio, e soprattutto un giudicato, sulla 'spettanza'. Tale ricostruzione, inoltre, pone in evidenza un aspetto di estrema importanza ai nostri fini: la consistenza della situazione giuridica, e, conseguentemente, dell'accertamento giudiziale ad essa riferito, progredisce con l'avanzamento della funzione, e si collega quindi alla funzione intesa sotto il profilo strutturale¹⁰⁷.

Tuttavia, il problema che si presenta rimane quello per cui la necessità di porre ad oggetto della situazione giuridica l'interesse materiale non risulta essere di per sé sufficiente a dare fondamento ad una particolare ricostruzione concettuale; quest'ultima deve infatti trovare un compiuto riscontro sul piano strutturale del contesto normativo, non potendo altrimenti ricevere giustificazione. Ora, il riferimento, effettuato dalla dottrina appena esaminata, a conge-

invoca in giudizio, ma che può in concreto collocarsi anche nel segno della possibilità giuridica di soddisfazione della pretesa del ricorrente al bene della vita, contemplando, cioè, anche la possibilità che perduri l'incertezza sulla soddisfazione dell'interesse materiale del titolare dell'interesse legittimo, viene rappresentata in A. ROMANO TASSONE, *Sulla regola del dedotto e deducibile nel giudizio di legittimità*, in *Giustamm.it*, 2006. In questo senso, nella prospettiva dell'A., ciò comporterebbe che, laddove vengano lamentati vizi formali o procedurali, e il giudice annulli l'atto non ritenendo integrati i requisiti dell'art. 21 *octies*, co. 2, l. n. 241/1990, il rapporto amministrativo sostanziale non risulti definito nella determinazione dell'utilità finale, ma sia del pari applicabile, secondo appunto la logica della spettanza, la regola del dedotto e del deducibile in relazione all'oggetto dell'accertamento compiuto: andrebbe così negato che l'attività procedimentale espletata, confluendo, implicitamente o esplicitamente, nell'accertamento giudiziale che non addivene ad una soluzione definitiva sull'assetto degli interessi, possa essere sufficiente a risolvere di per sé la situazione di incertezza circa la pretesa del ricorrente.

¹⁰⁷ Da ultimo, sulla medesima linea, si pone la ricostruzione di M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, p. 115 ss., secondo una prospettiva già anticipata ne *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, p. 234 ss., spec. p. 241 ss.

gni sostanziali rispetto alla cui esplicazione si viene a definire la situazione giuridica che si confronta con il potere, e il conseguente legame che si viene a creare tra la stessa situazione giuridica e l'esplicazione della funzione, si pone in questa direzione. Tuttavia, andrebbe specificato in che modo ciò possa incidere sulla fisionomia strutturale della situazione giuridica, tale da modificarne il profilo attinente all'inattualità della pretesa. Se non si definisce questo aspetto, potrebbe sempre sollevarsi l'obiezione che ciò di cui si sta discutendo rilevi in realtà nel senso di un'aspettativa giuridicamente tutelata¹⁰⁸, secondo quanto si è già avuto modo di considerare.

7. Il potere come situazione giuridica soggettiva e il rilievo della struttura normativa della funzione

Secondo l'impostazione che si intende prospettare, il potere, come situazione giuridica soggettiva¹⁰⁹, individua una modalità deontica di un atto precettivo, concretamente sussistente in capo ad un soggetto qualora siano fattualmente integrati gli elementi richiesti dalle norme sulla produzione di carattere sostanziale perché l'effetto precettivo possa essere legittimamente prodotto.

Più in generale, l'inquadramento del potere quale situazione giuridica soggettiva, nell'interazione tra piano statico-astratto e piano dinamico-concreto del relativo fenomeno, deve a nostro avviso procedere nei termini che seguono.

La capacità, quale attitudine ad essere autore di atti giuridici (capacità d'agire) e titolare di situazioni giuridiche (capacità giuridica), attiene a due diffe-

¹⁰⁸ La medesima obiezione può essere espressa anche nei confronti della tesi di M. TRIMARCHI, *opp. locc. ult. citt.*, richiamata alla nota precedente.

¹⁰⁹ In via generale, con il termine di situazione soggettiva può infatti intendersi la posizione del soggetto rispetto ad una norma, e quindi rispetto all'interesse alla cui protezione la norma è rivolta (S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950, p. 1). La norma, a sua volta, può consistere in una regola ontica, costitutiva quindi di una qualità del soggetto, ovvero in una regola deontica, avente cioè ad oggetto una modalità deontica o un'aspettativa che il soggetto ha rispetto ad un determinato comportamento. Nel primo caso, siamo di fronte a quello che può definirsi tecnicamente come *status*; nel secondo caso si è al cospetto di una situazione giuridica soggettiva in senso stretto (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 300 ss.). Più in particolare, per quanto concerne la modalità o aspettativa di un comportamento, questa si può qualificare come situazione giuridica semplice, propria della teoria generale, atteso che può invece venire in considerazione, da parte dell'ordinamento positivo, una situazione giuridica complessa o composita, formata da più situazioni giuridiche semplici.

renti *status* (appunto, la capacità d'agire e quella giuridica), che il soggetto si vede attribuiti¹¹⁰. In questo senso, le capacità sono gli *status* dei soggetti dotati di determinati requisiti normativi, a cui, in forza appunto di tali *status*, sono riconosciute le situazioni giuridiche che ad essi fanno capo. Si presuppone, ragionando in questo modo, una concezione della capacità in termini generali, che possa far riferimento, appunto in generale, alle situazioni giuridiche afferenti al soggetto; tuttavia, si è soliti aggiungere, tale capacità generale non si estende a quegli atti espressione di autorità, cioè a quegli atti che sono espressione della cura di un interesse altrui o di carattere generale, ovvero, a seconda dell'imposizione seguita, a quegli atti che producono unilateralmente effetti nella sfera giuridica altrui¹¹¹. È necessaria in questo caso una specifica attribuzione, l'attribuzione cioè di una capacità *speciale* che si affianca a quella generale¹¹². La capacità speciale risulta quindi presupposto per la *titolarità* della relativa situazione giuridica soggettiva di potere e per la sua *attuazione* tramite l'adozione dell'atto corrispondente (più nello specifico, di quelle situazioni di potere che non si ritengono riferibili alla capacità generale).

A fronte dell'ascrizione della capacità speciale al soggetto, la normativa di riferimento individua, in capo ad esso, la situazione giuridica corrispondente,

¹¹⁰ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, cit., p. 342 ss. Cfr. A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, pp. 77 ss. e 143 ss.; ID., *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 8 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1974, pp. 24 s. e 36 ss.; S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, pp. 131 ss. e 164 ss.; P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, p. 873 ss.; ID., *Capacità di agire*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 861 ss.; P. STANZIONE, *Capacità. I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 1 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., p. 110 ss.

¹¹¹ In questo senso, V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, p. 118 ss.; ID., *L'Amministrazione "costituzionalizzata" il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, p. 74 ss.; A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 627; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, cit., p. 588 ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 6 ss.

¹¹² Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo*, cit., p. 122 ss.; ID., *L'Amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., pp. 77 ss. e 115 ss.; ID., *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, 1998, p. 560 ss., secondo cui i poteri, che l'illustre A. riferisce a quelle attribuzioni che permettono al soggetto di agire nell'interesse altrui o nell'interesse di una generalità di soggetti, costituiscono capacità speciali che si affiancano alla capacità generale di diritto comune. Per la generale considerazione della capacità generale e di quella speciale, A. FALZEA, *Capacità*, cit., p. 25 ss.

nel senso che si è poco sopra spiegato. La situazione giuridica, nella sua specifica declinazione, risulta caratterizzata da una figura di qualificazione deontica che stabilisce la relazione tra il piano soggettivo e il piano contenutistico della situazione stessa, e un elemento che detto piano contenutistico individua. Quest'ultimo si rapporta all'interesse oggetto di tutela da parte della norma di riferimento, rispetto al quale è sempre strumentale un comportamento¹¹³. Nel caso della situazione giuridica di potere, il comportamento si relaziona ad una norma che non detta la disciplina degli interessi in conflitto, ma regolamenta l'adozione, da parte del soggetto titolare della situazione stessa, di un atto che ponga detta disciplina: una norma definita strumentale, o relativa alla produzione giuridica¹¹⁴. L'individuazione della situazione, a sua volta, fa riferimento alla situazione effettuale a cui si viene a rapportare: nel senso che ad ogni effetto (anche in via ipotetica, qualora esso non sia normativamente predeterminato o non lo sia comunque puntualmente) corrisponde una situazione di potere, la quale, secondo le regole generali, può essere autodeterminata o eterodeterminata a seconda che l'effetto stesso possa prodursi più volte in via cumulativa¹¹⁵.

La situazione giuridica, come detto, si collega ad una figura di qualificazione deontica del comportamento corrispondente, che individua il profilo

¹¹³ Non può quindi convenirsi con F.G. COCA, *Le situazioni giuridiche soggettive. Nozioni generali*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 133; cfr. anche ID., *L'interesse legittimo*, cit., p. 443 ss., per cui vi sarebbero talune situazioni che hanno ad oggetto interessi, quelle statiche, e situazioni che hanno ad oggetto comportamenti, quelle dinamiche. Invero, non può dubitarsi che l'interesse sia centrale alla caratterizzazione della situazione giuridica, rispetto al quale sia sempre rapportabile un comportamento, positivo o negativo, volto alla sua soddisfazione, comportamento proprio del titolare della situazione stessa, oppure altrui.

¹¹⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 47 ss.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 44 ss.; G. AULETTA, *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. it. dir. comm.*, 1939, I, p. 564 ss.; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 191 ss. Cfr. anche, nell'ambito della ricostruzione propria di questo A., A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, p. 43 ss., e II, pp. 173-174.

¹¹⁵ Si pensi, per quanto concerne le situazioni eterodeterminate, ad una sanzione irrogabile ogniquale venga compiuta un'azione vietata ripetibile; ovvero al conferimento di un'onorificenza che può essere ottenuta più volte. In presenza di tale circostanza, l'individuazione della situazione giuridica non può essere determinata unicamente dall'effetto, ma dipende necessariamente anche dal singolo fatto storico in relazione al quale l'effetto stesso si fonda.

concernente la doverosità o meno del suo esercizio all'interno della realtà ordinamentale.

La ricostruzione, nel senso descritto, della situazione di potere, comporta dunque che le due figure, del potere e del dovere, attengono a due piani distinti, concernenti, il primo, la connotazione strutturale della situazione giuridica soggettiva, e, il secondo, la modalità deontica che detta situazione caratterizza. Non vi è quindi, tra esse, contrapposizione alcuna, né possibile commistione; di conseguenza, non vi è alcuna preclusione a configurare poteri a carattere vincolato¹¹⁶.

La correlazione del carattere strutturale a quello concernente la modalità deontica consente di enucleare diverse declinazioni della situazione giuridica in esame. Si può in altri termini distinguere tra poteri che si connotano come facoltà, di cui solitamente si rimarca il loro essere attribuiti nell'interesse del soggetto che del potere stesso è titolare; e poteri rispetto ai quali si ravvisa un più o meno ampio carattere di doverosità (poteri-doveri, o funzioni, secondo le differenti terminologie), la cui attribuzione è sottesa al perseguimento di un interesse altrui o un interesse oggettivo. In questo secondo caso, la relativa funzionalizzazione viene reputata idonea ad incidere, in maniera più o meno marcata a seconda del differente dato sostanziale a cui l'interesse fa riferimento, sull'aspetto correlato al piano della doverosità del potere stesso; cosicché possono aversi, più in particolare, poteri vincolati e poteri discrezionali, a seconda che la produzione dell'effetto precettivo sia dovuta ovvero sia rimessa alla scelta del titolare del potere in correlazione a taluni vincoli dettati in tal senso dalla relativa normativa.

La sussistenza in concreto degli elementi della fattispecie della situazione giuridica in relazione alla quale l'esercizio del potere si qualifica in termini di doverosità (quindi, la sussistenza della situazione giuridica di potere che si caratterizza come doveroso) rende necessario l'esercizio stesso. Se ciò non avvie-

¹¹⁶ In proposito, per più approfondite considerazioni sul punto, si rimanda a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., pp. 73 ss.

ne, se il potere non è cioè esercitato, l'effetto non si produce, ma vi è una violazione sul piano normativo, sanzionabile da parte dell'ordinamento; in particolare, detta violazione, sotto il profilo relazionale, è idonea a rilevare in ordine alle situazioni giuridiche dei soggetti che con il potere eventualmente si rapportino. Mentre, nel caso contrario, se cioè la fattispecie non è integrata nei suoi elementi (compresa l'ipotesi in cui sussista in positivo un requisito richiesto invece in negativo dalla relativa disciplina normativa), e il potere venga ugualmente esercitato, la violazione, che si produce in relazione al piano dell'invalidità dell'atto, rileva ugualmente sul piano della condotta, giacché la mancanza di una permissione positiva che l'ordinamento esprime si traduce automaticamente in un divieto in tal senso; anche tale circostanza risulta peraltro potenzialmente rilevante sul piano relazionale, in ordine ai rapporti che giuridicamente si possono configurare tra situazione giuridica di potere e altre situazioni soggettive

La distinzione tra un potere espressione di discrezionalità, e poteri espressione di una facoltà o di un obbligo, pone invero un problema in ordine al rilievo della modalità deontica sul piano della fattispecie dell'esercizio del potere, in ragione della ricostruzione che della relativa situazione giuridica si è data. Questa, come detto, sussiste in ragione della sussistenza in concreto dei presupposti sostanziali che determinano la corrispondente modalità deontica di produzione dell'effetto precettivo; mentre non rilevano i presupposti formali e procedurali, che, concernendo l'attuazione della modalità deontica di produzione dell'effetto, vanno riferiti all'esercizio della situazione di potere. Nell'ipotesi in cui si sia al cospetto di una facoltà o di un obbligo di produzione di un effetto precettivo, ciò significa che, in relazione alla normativa che disciplina il potere, la relativa situazione giuridica viene ricostruita nel senso che, al verificarsi di determinati fatti (la fattispecie costitutiva della situazione di potere), sussisterà una permissione positiva e negativa (facoltà), ovvero una permissione soltanto in positivo (obbligo), di produrre l'effetto precettivo. Nel caso in cui invece non sia ravvisabile un vincolo puntuale, la questione è più complessa, in quanto

la configurazione di un potere discrezionale presuppone che vi siano taluni elementi sostanziali, non compiutamente predeterminati, i quali sono idonei ad influenzare in maniera più o meno ampia la scelta di esercitare o meno il potere, e che sono posti al di fuori della fattispecie della situazione giuridica di potere, rilevando invece in ordine alla fattispecie del suo esercizio. Se così non fosse, se, cioè, la determinazione degli elementi in questione, nella loro compiuta declinazione, attenesse alla sussistenza della situazione giuridica di potere (di produzione di un determinato effetto precettivo), essi non andrebbero ad influire sulla modalità deontica relativa all'esercizio della situazione stessa. La considerazione di un potere (non vincolato o facoltativo, ma) discrezionale corrisponde dunque all'ascrizione di taluni elementi, in ragione di un vincolo non puntuale in tal senso, alla definizione della scelta, appunto solo parzialmente vincolata, di produrre o meno un particolare effetto precettivo.

In questo senso, in considerazione delle differenti impostazioni precedentemente descritte, possono aversi le seguenti alternative. L'estromissione della funzionalizzazione dall'ottica del rapporto fa sì che gli elementi afferenti alla discrezionalità ricadano al di fuori della modalità deontica della situazione di potere, in sé considerata: si configurerebbe, invece, un rapporto complesso, rispetto al quale il potere consisterebbe in una facoltà di porre in essere un effetto precettivo (sussistente se sussiste il relativo fatto costitutivo), in relazione all'esercizio della quale, appunto nella complessità del rapporto, sono presenti determinati vincoli, a cui si viene a rapportare la pretesa del privato. Al contrario, valorizzando l'ottica della funzionalizzazione sarebbe possibile pervenire ad un risultato opposto, per cui la fattispecie della situazione giuridica soggettiva di potere, al cospetto di profili di discrezionalità, ascriverebbe a sé tutti i profili di scelta che concernono la determinazione discrezionale nella loro correlazione con la produzione di uno specifico effetto precettivo, mentre la modalità deontica risulterebbe essere quella che deriva dalla doverosità della funzione: la situazione di potere consisterebbe, quindi, in un obbligo del relativo atto pre-

cettivo (sussistente, anche in questo caso, se sussiste il relativo fatto costitutivo), a fronte del quale è rapportabile la pretesa del privato alla produzione dell'effetto (più nello specifico, quest'ultima sussiste se sussiste la situazione di potere; sussisterà invece, ovviamente in capo ad altri soggetti, una situazione alla non produzione dell'effetto qualora la situazione di potere non sussista in concreto).

Il problema, tuttavia, è che il secondo ordine di idee non si presta, nelle tesi che sono state proposte, ad inserirsi in una ricostruzione che possa apparire condivisibile. In effetti, una volta negato il carattere di subordinazione dell'interesse privato a quello pubblico, che avrebbe portato, invero in maniera del tutto perplessa, ad un rapporto tra situazioni giuridiche di rango non paritario, non parrebbe più possibile ravvisare una situazione soggettiva, che si confronti con il potere, avente una struttura diversa da quella che si inserisce nel rapporto pretesa-obbligo, il cui oggetto trova il suo riscontro nella regolamentazione propria del potere stesso, quale normativa di relazione.

Ora, a nostro avviso, come nella versione più risalente dell'interesse legittimo la peculiare connotazione di tale situazione derivava dall'inserimento, all'interno del suo contenuto, dell'aspetto teleologico proprio della funzione amministrativa, deve parimenti ipotizzarsi una (diversa) peculiare configurazione della medesima situazione in ragione della capacità di conformazione che su di essa riveste il modello di esplicazione del potere, la funzione, cioè, intesa in senso strutturale.

Il tentativo di mantenere un'autonomia concettuale dell'interesse legittimo che passi per la ricerca di una differente correlazione strutturale tra situazione giuridica e funzione amministrativa, non più connotata dall'elemento della subordinazione all'interesse pubblico, non è invero nuovo: in questo senso si pone la visione dialogica del rapporto tra interesse legittimo ed esercizio del potere, nei termini che si è dato modo di rappresentare. Si è visto, tuttavia, come le soluzioni, che in tal senso sono state proposte con riferimento alle mo-

dalità di esplicazione della funzione, abbiano espresso tale carattere senza tuttavia riuscire a valorizzarlo appieno all'interno di una ricostruzione concettuale che potesse, per tale via, riconsiderare interamente la prospettiva funzionale. Proprio tale aspetto deve invece essere riconsiderato, al fine di pervenire ad un'ottica ricostruttiva che non svaluti, appunto, il profilo strutturale e teleologico della funzione, come avviene invece, lo si è visto, nell'ottica della configurazione di una situazione di pretesa a ciò che è garantito dalla regolamentazione normativa.

In particolare, la peculiare considerazione che si vuole delineare in ordine alla chiave strutturale della funzione non determina una diversa connotazione della situazione giuridica, ma, in conformità con l'impostazione di teoria generale da noi descritta, consente di declinare il piano relazionale del potere come obbligo direttamente rivolto alla produzione della situazione effettuale di carattere precettivo. Conseguentemente, la situazione del privato, che con il potere si pone in relazione, può essere considerata nei termini di una pretesa all'utilità finale, secondo quanto più volte chiarito. Rispetto a quelle impostazioni che propongono una ricostruzione del rapporto in senso (come si è definito) 'pienamente dinamico', ovvero 'staticizzato', ci si pone, si aggiunge, nell'ambito della seconda delle due prospettive: ad essa si tenterà di dare una base concettuale, appunto in ragione dell'approccio che si viene ad assumere in ordine alla considerazione strutturale della funzione.

8. Il modulo procedurale del potere amministrativo. La funzione come farsi della decisione

Secondo quanto descritto al paragrafo precedente, dai poteri attinenti ad una facoltà del soggetto, che sono attribuiti nell'interesse di quest'ultimo, si distinguono poteri caratterizzati da un tasso più o meno ampio di doverosità, attribuiti per perseguire un interesse altrui o un interesse oggettivo, i quali sono stati definiti, secondo le differenti terminologie, poteri-doveri, potestà o appunto funzioni. In questo senso, la funzione indicherebbe il potere il cui esercizio è

volto alla soddisfazione dell'interesse generale o comunque altrui, corrispondentemente connotato in termini di più o meno ampia doverosità.

A fronte di questa diffusa impostazione, che individua il concetto di funzione facendo leva sull'aspetto teleologico del potere¹¹⁷, è nota peraltro la differente rappresentazione che considera la figura in esame sotto un diverso profilo, quello strutturale, e definisce corrispondentemente la funzione quale attività di trasformazione del potere in atto¹¹⁸. In questa prospettiva, quest'ultimo si inserisce nell'ottica della concretizzazione dell'ordinamento che avviene attraverso il processo di produzione normativa. All'interno di essa, la funzione costituisce un'entità, sintesi di tempo e di spazio logico, che assume rilevanza giuridica in quanto idonea a manifestarsi attraverso la corrispondente attribuzione di giuridica rilevanza al processo decisionale che l'esercizio del potere caratterizza¹¹⁹.

Nei suoi termini generali, la prospettazione della funzione come attività di svolgimento del potere può dirsi essere comunemente accettata. Non vi è, del resto, alcuna relazione di esclusione tra i due modi di intendere la funzione, atteso il differente piano nel quale essi si svolgono, e la pluralità di significati che il termine funzione può assumere¹²⁰. Piuttosto, la correlazione tra i due piani considerati fa sì che il piano di doverosità del potere, espressione del profilo

¹¹⁷ Che si è imposta soprattutto in ragione dell'autorevolezza di SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 179 ss. Cfr. in proposito quanto affermato da F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., pp. 2-3.

¹¹⁸ Questa la concezione della funzione di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1117 ss.; ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 991 ss., spec. p. 1018 ss., ed ivi n. 59 ss.; ID., *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 2 ss.; ID., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, p. 85 ss.; ID., *Disegno*, cit., p. 176 ss.

¹¹⁹ F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., p. 3; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 1119-1120; ID., *Eccesso di potere*, loc. ult. cit.

¹²⁰ In generale, per le differenti ricostruzioni del concetto di funzione, nella pluralità di significati che il termine assume, cfr. in special modo F. MODUGNO, *Funzione*, cit., p. 301 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione*, cit., p. 1 ss.; G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, pp. 686-687; G. NAPOLITANO, *Funzioni amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, cit., p. 2631 ss.; G. MARONGIU, *Funzione. II) Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.; F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, p. 1 ss.; M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della funzione pubblica*, I-II, Padova, 1969-1974.

teleologico che detto potere va a connotare, rilevi, sotto il profilo strutturale, nell'ambito del modello di esplicazione dell'attività che caratterizza la funzione. In tal senso, il perseguimento dei fini che caratterizza il potere emerge, nella sua oggettiva rappresentazione, nella realtà dinamica di attuazione del potere stesso, che dunque si viene così a collocare nel più generale processo di attuazione dell'ordinamento. L'interesse pubblico non si viene infatti più a definire, come era nell'ottica tradizionale, quale entità individuata a priori, contrapposta all'interesse del privato: nell'acquisita consapevolezza dell'incapacità della legge attributiva del potere di svolgere il ruolo di selezione degli interessi rilevanti, esso diviene oggetto di determinazione nello svolgimento dell'azione amministrativa, attraverso la prospettazione di tutti gli interessi in gioco ¹²¹.

Tali considerazioni risultano conseguenti alla definizione della funzione quale concretizzazione del potere all'interno del processo di produzione nor-

¹²¹ Come si è avuto modo di rappresentare in più occasioni in altre sedi, ciò costituisce la rappresentazione della crisi del concetto di interesse pubblico 'astratto' identificato dalla norma, in favore della centralità dell'interesse pubblico 'concreto', che si determina in relazione alle risultanze dell'attività amministrativa: si veda in proposito F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 301 ss., su cui ampiamente *infra*, nel testo e in nota; cfr. anche E. CANNADA BARTOLI, *Interesse dir. amm.*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 6 ss. Si riscontra quindi un'evoluzione dalla concezione di M.S. Giannini (cfr. *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 265) del rapporto tra interesse primario e interessi secondari nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale: si vedano i contributi, già richiamati, di F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1070; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2012, pp. 286-287; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche Una introduzione*, Bologna, 2010, p. 25 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei procedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 284; V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di Amministrazione e cittadino, Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, p. 385; M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, *ivi*, III, p. 913 ss.; G. AZZARITI, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, *ivi*, III, p. 103; S. COGNETTI, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 124.

In questa prospettiva, è con riferimento alla concezione oggettivistica dell'Amministrazione che tale ottica trova pieno riscontro: cfr. in particolare F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1131 ss.; ID., *Disegno*, cit., p. 237 ss., nonché gli altri scritti dell'illustre A. già diffusamente citati; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., *passim*, secondo quanto ampiamente riportato *supra*, nonché ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 437 ss.; ID., *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, p. 99 ss., spec. pp. 107-108; ID., *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970, p. 84 ss.; si vedano poi G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, cit., p. 483 ss.; ID., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, p. 1313; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., spec. p. 108 ss. Cfr. anche F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e "contrattazione"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1505-1506.

mativa. Portando il discorso che si sta effettuando alle sue naturali conseguenze, non può che addivenirsi, allora, alla svalutazione dei caratteri teleologici e contenutistici del potere, i quali, per assumere rilevanza giuridica, devono trovare riscontro all'interno del profilo eminentemente strutturale di esplicazione della funzione. In altri termini, il processo produttivo, in adesione alla prospettiva gradualistica dell'ordinamento giuridico, non conosce una differenziazione che non si fondi sulla presenza di una diversità di elementi strutturali nei vari processi di produzione normativa. Centrale risulta quindi il ruolo della disciplina procedurale in relazione al momento della trasformazione del potere: è attraverso la rilevanza che la funzione assume nel procedimento, in considerazione della struttura propria di quest'ultimo, che essa acquisisce una determinata consistenza contenutistica sotto il profilo giuridico¹²².

¹²² In questo senso la considerazione del procedimento come la "forma della funzione", o la "manifestazione sensibile della funzione", secondo la formula enunciata da F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1123 ss., rischia di apparire riduttiva, laddove da essa non si faccia conseguire il collegamento della consistenza della rilevanza giuridica della funzione con quella che è la sua struttura procedimentale.

In proposito si veda la posizione di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 279 ss., per cui la funzione rappresenta il procedimento sostanziale attraverso il quale il potere si trasforma; un modo, cioè, di attuazione del potere, che risponde al *come* il potere si trasforma. Esso non va confuso con la sua forma, cioè con il procedimento in senso formale, che corrisponde invece alla realizzazione della descrizione normativa dello svolgimento della funzione, la quale ha lo scopo di consentire il riscontro della validità del risultato della funzione (l'atto). In questo senso, la funzione (ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 782 ss., cit. p. 786) "è la sostanza processuale dell'attività", mentre il procedimento formale atterrebbe all'ordine di imputazione, e quindi appunto all'atto.

Ancora più netta, la posizione di F. BASSI, *Contributo*, cit., p. 123 ss., che abbandona la concezione del procedimento in senso formale contrapposta al procedimento sostanziale, per definire la funzione come un modo tipizzato di attuazione del potere, con un'identificazione, quindi, della funzione nel procedimento.

In generale può richiamarsi anche quanto affermato da G. SALA, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milano, 1985, p. 40 ss., p. 42, secondo cui "non è possibile considerare il procedimento come una forma, un recipiente che preesiste indipendentemente dal suo contenuto: la funzione. (...) Non esiste cioè un potere che si manifesta in più forme ma tanti poteri ciascuno con una propria disciplina procedimentale e quindi con una propria configurazione "formale". La disciplina del procedimento infatti indicando quelli che sono gli interessi da considerare connatura, sul piano materiale, il potere stesso"; in questo senso la formula di F. Benvenuti del procedimento come forma della funzione deve essere intesa (p. 43) come "un modo di percezione e insieme di qualificazione, attraverso il procedimento, del potere nella sua trasformazione, piuttosto che una vera contrapposizione di due realtà, formale e materiale, distinte".

L'eccessiva connotazione formale che, per tale via, la figura in esame rischierebbe di assumere, risulta stemperata dal successivo sviluppo e specificazione che ha avuto lo stesso concetto di funzione. Una volta, infatti, che inizia ad essere messa in evidenza l'attività amministrativa nel suo svolgersi, il passo successivo risulta essere quello dell'attribuzione di rilievo giuridico alla sua complessiva dimensione sostanziale, in sé considerata¹²³. In questo quadro, la concezione della funzione, come già accennato, rispetto al generale canone del farsi del potere, ha dovuto rispondere alla necessità di porre in risalto l'aspetto contenutistico dell'attività di trasformazione, di modo da caratterizzarne maggiormente l'aspetto sostanziale, senza tuttavia collocarsi al di fuori dell'ottica prettamente strutturale in ordine al rilievo che viene conferito all'attività stessa.

Si è così effettuata una distinzione tra il momento che si riferisce in senso proprio alla modificazione della realtà giuridica (la produzione degli effetti) e il momento che attiene al venir in essere della determinazione ad essa corrispondente. In questo senso, la funzione viene declinata come processo formativo di una decisione¹²⁴, intesa come una scelta tra le diverse alternative che sulla base

¹²³ Si è in particolare evidenziato da parte di F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002, pp. 76 ss. e 83-84, come la realtà dell'atto, e quella del procedimento in quanto strumentale all'adozione dell'atto, non siano più riuscite a racchiudere, in sé considerate, la dimensione giuridica dell'azione amministrativa. L'attività amministrativa, infatti, è venuta ad assumere rilievo giuridico in una sua complessiva considerazione sostanziale, quale attività rivolta al raggiungimento di un risultato, rispetto alla quale si valutano le singole azioni e possono venirsi a porre a più procedimenti tra loro connessi (cfr. quanto detto subito di seguito, nel testo e in nota, anche per l'introduzione di una nuova definizione dell'operazione amministrativa). Si viene così ad abbandonare la tradizionale impostazione per cui l'attività come tale non poteva formare oggetto di qualificazione se non attraverso la mediazione degli atti nei quali si manifestava (così M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 988, che pure già rilevava, p. 989, come si ritrovassero "casi nei quali l'agire dell'amministrazione ha rilievo come attività, nel senso stretto di fattispecie legale"), e si considera (F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, p. 83) come l'attività complessivamente considerata venga ad assumere sempre più in sé rilievo giuridico, "si erge", cioè "a fattispecie, allorché viene globalmente o unitariamente presa in considerazione dal diritto": l'attività amministrativa, in questo senso, non rileva nella sua consistenza materiale, ma appunto in quanto fattispecie, nel modo, cioè, in cui è assunta a rilevanza giuridica dalla norma.

¹²⁴ 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*, II, Rimini, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 242 ss.; ID., *L'attività amministrativa, in Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 264 ss. Cfr. anche D. SORACE, *Promemoria per una nuova 'voce' "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, cit., p. 756 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel provvedimento amministrativo*,

dell'indagine compiuta rappresentano altrettanti modi di soluzione del problema amministrativo ¹²⁵.

L'impostazione descritta fa leva sugli studi che hanno valorizzato il profilo di razionalità proprio del processo decisionale ¹²⁶, nella loro applicazione all'attività amministrativa ¹²⁷. Questi hanno considerato come il processo di decisione si caratterizza per l'elaborazione e il confronto di alternative che, a fronte una determinata scala di valori – fissata nel corso dell'attività decisoria

cit., spec. p. 77 ss.

¹²⁵ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo*, cit., p. 243; ID., *L'attività amministrativa*, cit., p. 263.

Il concetto di decisione che viene ad essere utilizzato, ove centrale è il momento di determinazione della scelta, si viene così a separare da quello a cui tale termine faceva tradizionalmente riferimento, con cui si individuava un atto che risolveva un procedimento (più o meno latamente) contenzioso (cfr. in questo senso M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953, pp. 37 e 49 ss.; ID., *Decisioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 810 ss., spec. p. 812; per la considerazione della decisione amministrativa quale manifestazione di volontà volta a risolvere un conflitto di interessi tra Amministrazione e amministrati si veda M.S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amm.*, 1949, ora in *Scritti*, III, Milano, 2003, p. 39; ID., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, ora in *Scritti*, III, cit., p. 553 ss., spec. p. 572 ss.; ID., *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1946, ora in *Scritti*, II, Milano, 2002, p. 607 ss.).

Si è evidenziato ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 49 ss. (a cui si rimanda per tutti gli opportuni riferimenti), come, a seguito della generale recezione dell'indirizzo volto alla processualizzazione dell'attività amministrativa che si è avuta a seguito dell'adozione della l. n. 241/1990, la genericità della considerazione della decisione amministrativa quale atto amministrativo contenzioso, adottato attraverso un procedimento amministrativo contenzioso, è divenuta manifesta, appunto per la generalizzazione di un modello processuale/para-processuale di attività attraverso la legge generale sul procedimento. Ciò ha allora portato, da un lato, ad individuare un'attività giustiziale in senso stretto, svincolandola dal legame con la funzione di amministrazione attiva, e a collegare ad essa il concetto di decisione; dall'altro, appunto, sotto un diverso piano, a valorizzarsi la decisione quale momento di determinazione della scelta, presente in via generale nell'attività amministrativa, pervenendosi ad un corrispondente (diverso) concetto di decisione. In relazione al rapporto tra attività contenziosa e attività giustiziale cfr. ora anche F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, p. 98 ss.

¹²⁶ Si veda, sulla logica dell'indagine e sulla posizione del 'problema' da risolvere, J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine*, Torino, 1974 (op. orig. 1938), p. 131 ss., spec. p. 139. In particolare, con riferimento al modello della razionalità limitata, H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1979 (op. orig. 1947), spec. p. 119 ss.; ID., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985 (raccolta di saggi), spec. p. 119 ss.; J.G. MARCH, *Decisions and Organizations*, Oxford-New York, 1988, p. 253 ss.; ID., *Prendere decisioni*, Bologna, 1998 (op. orig. 1994), p. 11 ss.; J.G. MARCH, H.A. SIMON, *Teoria dell'organizzazione*, Milano, 1966 (op. orig. 1958), *passim*, spec. p. 171 ss.

¹²⁷ Cfr. in particolare F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo* cit., p. 242 ss.; ID., *L'attività amministrativa*, cit., p. 264 ss.; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, p. 131 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli,

ovvero già altrimenti predeterminata – consente di superare l'indeterminatezza iniziale e addivenire ad una soluzione del problema amministrativo che concretamente si è venuto a porre nella realtà materiale. Emerge, in tal modo, il substrato contenutistico dell'azione amministrativa, sia con riferimento alla tipologia di attività da porre in essere¹²⁸, sia in relazione al risultato che detta attività deve raggiungere¹²⁹.

Sotto il profilo strutturale, la decisione trova nell'ambito del procedimento amministrativo il luogo di espressione della rilevanza giuridica della formazione della/e scelta/e. Il procedimento costituisce infatti lo strumento che, in relazione alla pluralità di centri decisionali coinvolti nello svolgimento dell'azione, pone in correlazione il farsi della decisione con l'assetto organizzativo amministrativo, nonché con i privati portatori di possibili soluzioni conformi agli interessi da essi rappresentati. Nella sua articolazione, inoltre, il procedimento permette una rappresentazione dei vari momenti, elastici nella loro concreta determinazione, della progressione della scelta amministrativa. La considerazione del procedimento, inteso in questo senso, non assume quindi carattere meramente formale, ma rileva sotto il profilo della funzione, in senso sostanziale, quale mezzo idoneo, cioè, a porre in rilievo la sostanza processuale dell'attività.

1997, p. 77 ss.; ID., *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 276 ss.; A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, p. 221 ss.; da ultimo, nell'ottica della generale ricostruzione del concetto di comportamento amministrativo, E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012, p. 215 ss.

¹²⁸ Su cui ampiamente *infra*, par. 8.2.

¹²⁹ Si fa riferimento alla considerazione della categoria del 'risultato' come parametro di valutazione dell'attività amministrativa, e del suo rilievo in ordine alla validità della decisione. Sul punto cfr., oltre in generale ai riferimenti presenti nei contributi, diffusamente citati, in ordine alle decisioni amministrative, anche F.G. SCOCA, *Attività*, cit., pp. 88 ss. e 99 ss.; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 57 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, 2001, p. 743 ss.; ID. (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, cit., p. 815 ss.; ID., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, p. 1 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2002; M. GIOIOSA, *Amministrazione di risultato*, cit., p. 1 ss.

La decisione riveste il ruolo corrispondente a tale modello concettuale. Come tale, si differenzia dal provvedimento in cui la decisione stessa si riversa: l'uno rappresenta infatti l'esplicazione del potere, inteso come situazione giuridica produttiva della situazione effettuale; l'altra si collega invece alla funzione, concepita nei termini descritti. Il collegamento tra i due termini è nel senso che il provvedimento, nel porre in essere la situazione effettuale, rappresenta la manifestazione (una delle possibili forme di manifestazione) della decisione¹³⁰.

Il fenomeno amministrativo diviene, per tale via, irriducibile al solo momento provvedimentale; nonché a quello procedimentale, se questo viene considerato unicamente nella sua ottica formale, quale meramente strumentale all'atto. Si è, allora, reputato necessario assumere una considerazione autonoma della decisione nella sua dimensione dinamica, che ha trovato la sua sintesi nella concezione, ad essa corrispondente, della figura del *comportamento*¹³¹.

¹³⁰ In questo senso può considerarsi ancora F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo*, cit., pp. 248-249, che sul concetto di manifestazione richiama l'impostazione di A. FALZEA, *Manifestazione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 442 ss.

Notava lucidamente A. ROMANO TASSONE, *Il contributo di Franco Ledda alla teoria del provvedimento amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, p. 492 ss., che l'impostazione di Ledda capovolge il rapporto di strumentalità che, nella tradizionale concezione gianniniana, collegava al provvedimento gli atti procedimentali, per cui appunto il luogo in cui si esprimeva l'autorità era il provvedimento, attraverso il quale si puntualizzava nel caso concreto il rapporto fra autorità e libertà (M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 289 ss.; ID., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 163 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 543 ss.): al contrario, è ora quest'ultimo a porsi in posizione di servizio rispetto alla decisione autoritativa che si concreta nel procedimento.

¹³¹ Si veda in proposito E. ZAMPETTI, *Contributo*, cit., *passim*, spec. p. 222 ss., che rispetto alla categoria di comportamento tradizionalmente utilizzata nel diritto amministrativo, quale contrapposta all'atto, propone l'utilizzo della relativa categoria mutuata dalla teoria generale, quale idonea a ricomprendere dell'intera gamma dell'azione amministrativa, compreso quindi, eventualmente, anche il provvedimento. Ci si situa, in questo modo, nell'ottica fatta propria da A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 209 ss., spec. pp. 220-221, per cui la sempre più ampia funzionalizzazione dell'azione amministrativa conseguente allo sviluppo del procedimento ha condotto "all'offuscamento prima ed all'obsolescenza poi della distinzione "materiale" tra atto e comportamento, mettendo in crisi la stessa traducibilità (di una parte almeno) dell'azione amministrativa nei termini propri dell'atto giuridico, e determinando quindi la tendenziale confluenza delle forme giuridiche di tale azione all'interno di una nozione ampia e omnicomprensiva di comportamento". Cfr. anche, in senso simile ma con un differente ambito ricomprensivo rispetto a Zampetti, A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., p. 414 ss., che ricostruisce la decisione quale fattispecie comportamentale, ricomprensiva anche dell'atto, ma non esaurentesi in esso, e inclusiva di tutte le espressioni rappresentative di valori sostanziali utili a definire la vicenda amministrativa. Ritiene M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., p. 348 ss., che

La rappresentazione che si è data della decisione, quale oggetto a cui si rivolge la funzione, riceve piena affermazione normativa nella legge generale sul procedimento: in via generale, nell'assetto strutturale proprio della l. n. 241/1990, che descrive un'attività appunto improntata al farsi della/e scelta/e; in via puntuale, in particolare nella previsione del suo art. 3, che, nel descrivere i caratteri propri della motivazione del provvedimento, pone l'attività procedimentale in diretta correlazione con la decisione, dando dunque riscontro del suo ruolo centrale nell'ambito della funzione, e della sua autonoma consistenza giuridica all'interno della sua forma di manifestazione provvedimentale.

8.1 La caratterizzazione soggettiva del modello procedurale. La funzione amministrativa come processo volto alla decisione sul porre in essere o meno la relativa situazione effettuale. Negazione della struttura di codecisione. La conseguente caratterizzazione delle situazioni giuridiche

Dall'analisi appena effettuata è dunque possibile prendere le mosse per comprendere l'effettivo declinarsi del concetto di funzione, quale processo dinamico di formazione della decisione, nel suo rapporto con il profilo della situazione giuridica di potere.

Sotto l'aspetto concernente il quadro strutturale di riferimento tra funzione e situazioni giuridiche, si deve rappresentare che, se la situazione giuridica di potere è la modalità deontica di un atto precettivo, e se quest'ultimo, come

la decisione vada considerata come un comportamento della 'coalizione decisionale' (cfr. l'impostazione dell'A., *infra*, in nota), venendo ad assumere i caratteri di un fatto complesso, costitutivo di un nucleo di rilevanza giuridica autonoma all'interno del procedimento, e preesistente al momento dell'adozione dell'atto, che della decisione costituirebbe manifestazione.

Una evoluzione simile si ritrova anche in ordine al concetto di operazione amministrativa, e alla sua correlazione con quello di attività amministrativa, da ultimo delineata quale insieme delle attività necessarie per conseguire un determinato risultato: in questo senso F.G. SCOCA, *Attività*, cit., p. 84; tale prospettiva è stata poi sviluppata da D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, p. 133 ss., spec. p. 179 ss. Ritiene tuttavia E. ZAMPETTI, *Contributo*, cit., pp. 229-230, che la nozione di comportamento, nel senso chiarito, consenta una migliore descrizione del modello dell'azione amministrativa, in quanto meglio si adatta a ricomprendere anche i singoli fatti in sé considerati, nella loro rilevanza giuridica. Si ritiene anche da parte di chi scrive di doversi adottare il concetto di comportamento a cui in generale si è fatto riferimento, quale maggiormente idoneo ad inserirsi nella realtà rappresentativa delle situazioni giuridiche soggettive, e in quella della loro tutela, come si vedrà nel corso della trattazione.

detto, fa riferimento alla produzione di una situazione effettuale corrispondente ad un precetto, la decisione non può che rapportarsi, a sua volta, alla specifica situazione effettuale che caratterizza il potere. La funzione è quindi il processo attraverso il quale si determina la scelta di produrre o meno la situazione effettuale. Nel quadro strutturale di essa viene pertanto a trovare riscontro in concreto il rapporto di quest'ultima con il profilo deontico proprio della situazione giuridica di potere. La razionalizzazione del processo decisorio che caratterizza la funzione ascrive infatti a sé il rapporto tra soggetto, a cui la situazione giuridica di potere fa riferimento, e la situazione giuridica stessa.

In questa prospettiva, la compiuta determinazione di tutti gli elementi appena riferiti necessita dell'individuazione della loro declinazione sia sotto il profilo soggettivo dello svolgimento della decisione, sia sotto quello oggettivo della consistenza dell'attività decisoria.

Iniziando dal profilo soggettivo, va ricordato che, in ordine ad esso, nonostante una generale tendenza all'oggettivizzazione risulti insita nella considerazione della funzione in senso strutturale, l'originaria elaborazione della funzione come farsi dell'atto non determinava necessariamente la totale espunzione del versante soggettivo dall'ordine di produzione dei fenomeni giuridici¹³². Tuttavia, il successivo sviluppo di tale impostazione ha portato ad estromettere completamente, nell'ottica di una concezione prettamente oggettivistica del potere, il soggetto dall'orizzonte della produzione giuridica, relegandolo al distinto piano dell'imputazione¹³³. La considerazione oggettiva del potere, a cui per

¹³² Si veda quanto affermato in F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 1121 ss., nella cui ottica il soggetto rimane legato alla produzione giuridica della situazione effettuale, giacché, dal punto di vista soggettivo la funzione si risolve nell'attività del "soggetto a cui la funzione va imputata e che ne è, dunque, l'autore?"; mentre, dal punto di vista oggettivo, la funzione è ciò che descrive l'esercizio del potere, la cui manifestazione sensibile avviene nel procedimento, che della funzione rappresenta la forma. Il delicato equilibrio che in tal modo si raggiunge è ben evidenziato da G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 175 ss.

¹³³ Si vedano, in particolare, le posizioni che, prendendo le mosse dall'impostazione di Benvenuti, pervengono a tali conclusioni: in questo senso G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 209 ss., spec. pp. 219 ss. e 253 ss.; e F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello stato*, cit., p. 95 ss., su cui ampiamente *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 48 ss.

tale via si è pervenuti, è saldamente legata ad una concezione della funzione in cui la dinamica dell'attuazione del potere stesso risulta direttamente rivolta al momento produttivo della situazione effettuale. In questo senso, il potere, come 'energia attuale', è energia volta alla trasformazione¹³⁴: nel relativo dinamismo il momento soggettivo è assorbito e si risolve¹³⁵; configurandosi, cioè, all'interno del movimento dinamico, un'entità omnicomprensiva, ad un tempo soggetto ed oggetto dell'esperienza giuridica, nella cui unità verrebbero meno le conflittualità e parzialità proprie delle istanze soggettive¹³⁶.

L'espunzione del soggetto dal versante della produzione si collega quindi, per questa via, alla concezione che si assume della funzione, quale espressione dell'attività di trasformazione del potere nell'atto: è il movimento di trasformazione, unitamente considerato, che consente di risolvere nel suo dinamismo il momento soggettivo.

La generale valenza critica, nei confronti di un'idealistica concezione dell'unitarietà del soggetto pubblico, non ha tuttavia posto in ombra la circostanza per cui la carica di valore dei differenti interessi in gioco all'interno dell'ordinamento complessivo, nella loro conflittualità e contraddittoria complessità, non sia idonea a ridursi ad una aprioristica unità sistematica rappresen-

¹³⁴ È questa la concezione di G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., spec. pp. 219 ss. e 253 ss., per cui il potere è energia non potenziale, bensì attuale, che scaturisce dal continuo contatto di un dato normativo con una determinata espressione istituzionale, idonea a reagire al dato normativo stesso. In questo senso, è espunta dal momento della produzione la categoria del soggetto, che rileva solo nel momento dell'imputazione: gli interessi differenziati che si ritrovano nella collettività non si esprimono, dunque, in differenti strutture soggettive, ma sono elementi che, attraverso il contatto tra l'ordinamento istituzionale e la norma, vengono ad inserirsi nel potere, attraverso il quale la pluralità di interessi trova composizione, risolvendosi nell'unità dell'ordinamento normativo.

¹³⁵ Cfr. quanto detto alla nota precedente. Più nello specifico, secondo G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 369 ss., poiché l'organizzazione in confronto al momento dell'imputazione è solo un riflesso della vera organizzazione giuridica, che fa riferimento al potere, concepito nel senso già detto, si afferma che l'organizzazione scaturisce dall'idoneità di una realtà istituzionale ad esprimere il proprio valore attraverso una reazione al dato normativo: tale reazione crea il potere, il quale, come tale, nasce dall'organizzazione ed è esso stesso fatto di organizzazione. Nella dinamicità del potere si risolve così il problema della soggettività come riferimento ad una struttura giuridica di interessi differenziati, quale risoluzione della pluralità degli ordinamenti istituzionali nell'unità dell'ordinamento normativo.

¹³⁶ Secondo l'immagine data all'impostazione di Bertì nell'analisi compiuta sul punto da A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., pp. 437-438.

tata dal momento organizzatorio, ma necessari, al contrario, di una traduzione in termini soggettivi¹³⁷. Anche il successivo sviluppo dell'impostazione oggettivistica, nel porre al centro della propria ricostruzione le libertà quali espressione dei valori costituzionali in cui si attua l'ordinamento (elemento idoneo a ricomprendere in sé, risolvendo l'uno nell'altro, il momento oggettivo e soggettivo del diritto)¹³⁸, pur dando una più compiuta risposta all'esigenza contenutistica appena descritta, non si sottrae al rischio di un riferimento a conflitti che si presuppongono già, in sé, risolti all'interno dell'ordine della società, e quindi, nella sostanza, ad una negazione del conflitto stesso come contrapposizione tra soggetti; seguendosi peraltro, per tale via, una ricostruzione dell'assetto ordinamentale che conduce ad una compiuta svalutazione dello stesso concetto di po-

¹³⁷ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., p. 435 ss., per cui (p. 459) "la categoria soggettiva (...) riveste un'importanza fondamentale, consistente nell'attribuzione, che solo tramite essa è possibile operare, di senso e di valore all'interno dell'ordinamento". Si è visto *supra*, esaminando la concezione della situazione giuridica che fronteggia il potere proposta da A. Romano Tassone, come il problema della soggettività giuridica e il declino della categoria del soggetto giuridico è questione più volte ripresa da parte di tale illustre A.: cfr. A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., p. 279; ID., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, cit., p. 966 ss.

In questo senso, si precisa (A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., p. 441, ed *ivi*, n. 99) come la stessa istanza partecipatoria "non può del resto trovare valida espressione, ove non si inserisca in una trama di relazioni giuridiche procedimentali, che ne precisino contenuto e modalità d'attuazione concreta", ove, cioè, non si subiettivizzano le istanze sociali che in essa trasfondono, marcandosene la separatezza e non dissolvendola in un piatto unanimità: si contesta così l'impostazione assunta da Berti, come espressa in particolare in *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 792, secondo cui "l'abbracciare il metodo soggettivistico conduce in modo obbligato a presentare l'amministrazione come un complesso organico che non può allacciare relazioni dinamiche, non può insomma aprire le porte ai partecipienti, senza perdere la propria forza e la propria identità".

La perdita di valore della soggettività dell'interesse fatto valere in una dinamica oggettivistica è evidente altresì in E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini, 1983, pp. 31 ss., p. 36, per cui "l'interesse del privato non entra nella struttura dei giudizi rilevatori (di interessi) a titolo proprio e non è portatore di un suo *autonomo valore* giuridico: esso vi fa parte in funzione del fatto manifestato (vale a dire della ipotesi di fissazione dei fatti implicata dalla manifestazione), sicché *la sua rilevanza è dipendente dalla rilevanza di questo fatto*" (corsivo testuale); ciò che rende necessario (p. 51) "sganciare la problematica dell'evidenza degli interessi da visioni soggettivistiche"; cfr. anche ID., *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazione delle alternative*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1988, pp. 107-110.

¹³⁸ Cfr. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 7 ss., spec. p. 56 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., p. 83 ss., spec. p. 101 ss., secondo quanto già visto *supra*, par. 4.

tere nell'ambito della dinamica giuridica¹³⁹, e alla radicale riduzione dell'organizzazione a schermo dell'ordine sociale¹⁴⁰.

In considerazione dei rilievi riportati, le esigenze sottese al superamento di una rappresentazione individualistica del soggetto pubblico sono state allora incanalate nella ricerca di una più complessa determinazione strutturale del dato soggettivo, che, nell'ambito della globale esplicazione della funzione, fosse idonea a portare in evidenza il valore subiettivo sotteso alla conflittualità e frammentarietà degli interessi in gioco, e, per tale via, a recepire le istanze partecipatorie provenienti dalla collettività¹⁴¹.

Una siffatta considerazione del piano soggettivo, a sua volta, si collega all'emersione del dato contenutistico del potere, inteso come scelta di valore in ordine ad un determinato problema amministrativo, attraverso il quale la funzione si verrebbe a separare dalla diretta correlazione con un'attività di trasformazione (l'energia 'attuale'). Se, infatti, la considerazione della funzione come farsi della situazione effettuale comporta la risoluzione del soggetto nella dina-

¹³⁹ G. BERTI, *Manuale*, cit., p. 45 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., p. 90 ss., per cui lo stesso processo normativo sostanziale viene così a consistere, in definitiva, in un processo di interpretazione della realtà dell'ordine sociale. Sul punto si veda anche *infra*, par. 8.2, in nota, quando si analizzerà il modello di produzione sotto il profilo oggettivo.

¹⁴⁰ G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, cit., p. 458 ss.; ID., *La responsabilità pubblica*, cit., p. 395 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., p. 107 ss.; si veda anche U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, cit., spec. pp. 10 ss. e 221 ss.

Secondo questa rappresentazione data da Berti, l'organizzazione, come costruita e immaginata in relazione ai poteri, non potrebbe più rappresentare la sede delle elaborazioni dell'ordine giuridico, ma si costituirebbe come effetto di un ordine giuridico già esistente e dovrebbe adattarsi al principio di libertà da cui appunto l'ordine stesso ha preso l'avvio. In questo quadro (*Diritto amministrativo*, cit., pp. 121-122) il potere è solo "un tramite, sul piano linguistico, tra le libertà in senso assoluto e il diritto (e dovere) del soggetto nell'ambito appunto dell'organizzazione sociale e dell'ordine in cui questa si rispecchia": il potere, inteso non come figura all'interno dell'ordine di imputazione, ma come 'energia attiva', non sarebbe quindi più l'elemento centrale nel riferimento all'organizzazione, come ne *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit., p. 369 ss.

¹⁴¹ In questo senso A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 465 ss., che riportava la necessità di adeguare alla positiva realtà della soggettività sociale l'assetto della soggettività giuridica: si riconoscono così, in linea di principio, le prerogative soggettive ad ogni entità che sociologicamente si profili come centro unitario, cioè sufficientemente coeso, di interessi, da indicarsi attraverso il concetto di 'figura soggettiva', secondo la concezione, espressamente richiamata, di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 115 ss., che fa propria una prospettiva di stampo istituzionalistico (su tali considerazioni, sia consentito rimandare a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 54 ss., n. 45).

mica del potere, la consapevolezza dell'impossibilità di rinunciare ad una trasposizione della carica dei valori su un piano soggettivo corrisponde alla compiuta valorizzazione del profilo contenutistico proprio del potere stesso, in relazione al quale i singoli interessi si vengono a rapportare.

In altri termini, se in un dinamismo che conduce senza soluzione di continuità alla situazione effettuale la conseguenza è che, al suo interno, il soggetto si viene a risolvere, la presenza di un assetto soggettivo complesso comporta invece un'autonoma emersione dei valori espressi dalle singole soggettività, e della loro dinamica concatenazione, che nella funzione trova svolgimento. È in questo senso che assume allora rilievo autonomo il momento della valutazione compiuta dall'ordinamento in ordine alla rispondenza dell'assetto di interessi individuato ai valori giuridici di cui l'ordinamento stesso è espressione; che assume, cioè, rilevanza il momento della decisione, quale appunto separato da quello della produzione della situazione effettuale ¹⁴².

In tal modo, avviene quindi lo spostamento, nella considerazione della funzione, dall'atto alla decisione, per cui il maggior rilievo in cui si pongono gli aspetti contenutistici ad essa inerenti si viene a riconnettere all'emersione della determinazione soggettiva, nella sua complessità strutturale. Nella caratterizzazione dell'attività valutativa, esplicantesi in un processo decisorio quale quello delineato, l'azione amministrativa trova così la sua oggettivizzazione, venendo meno, in relazione ad essa, possibili residui volontaristici e psicologistici; senza che però, per tale via, si ponga nel nulla il ruolo della soggettività, il quale viene invece riabilitato in una più complessa dimensione.

¹⁴² Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., p. 472 ss., che pone in luce come, facendo riferimento alle teorie della fattispecie che hanno separato il momento della rilevanza giuridica da quello della produzione della situazione effettuale respingendo qualsiasi nesso funzionale della fattispecie dall'efficacia giuridica (sul punto, si rimanda a *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 77 ss.), si ricavi la possibilità di attribuzione di un autonomo rilievo giuridico al momento di concreto riconoscimento e valutazione da parte dell'ordinamento dell'assetto di interessi da porsi in essere, in cui appunto consiste la decisione. Cfr. anche ID., *Brevi note sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Scritti per Mario Nigro*, II, Milano, 1991, p. 363 ss., spec. p. 392 ss.

In questo senso, la rilevanza della fattispecie come momento separato dalla produzione dell'effetto assume rilievo sul piano assiologico, oltre che su quello normativo: sul punto, M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 47 ss.

Tale rappresentazione, può dirsi aver ricevuto riscontro nell'assetto della l. n. 241/1990, con una nuova considerazione dell'impianto organizzativo e procedurale proprio del momento della produzione¹⁴³, nel suo rapporto con quello dell'imputazione¹⁴⁴, rispetto al quale si vengono ad innestare relazioni di carattere procedurale¹⁴⁵. In effetti, la rappresentazione che, a partire dall'introduzione della legge generale sul procedimento, si è data all'attività decisoria, è stata nel senso della valorizzazione dei contributi derivanti dalle diverse sogget-

¹⁴³ Si vuole dire che la considerazione della funzione, come visto, non sul piano della produzione effettuale, bensì specificamente su quello della decisione, e la valorizzazione dell'elemento contenutistico che a quest'ultima si accompagna, è emersa compiutamente nel momento in cui il tessuto di relazioni che in questo senso si crea (la sostanza processuale dell'attività, detto altrimenti) ha trovato esplicito riscontro nel dato normativo (nella l. n. 241/1990, e nelle successive modifiche della normativa sull'organizzazione): in questo senso, mentre si è denunciato il sostanziale venir meno, o comunque la forte svalutazione, delle relazioni organiche e formali proprie del modello organizzativo precedente, hanno ricevuto un differente rilievo giuridico i rapporti procedurali che è dato riscontrare nell'esplicazione della funzione. In proposito si pensi, in particolare, al ruolo della figura del responsabile del procedimento, rispetto al quale sono state configurate puntuali relazioni giuridiche di carattere organizzativo e procedimentale con i soggetti privati che intervengono nel procedimento, con i soggetti pubblici partecipanti, e con l'autorità decidente, se diversa dallo stesso responsabile; relazioni che hanno posto in discussione il tradizionale assetto organizzativo dell'Amministrazione. Sul punto cfr., con differenti posizioni, M. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 13 ss.; ID., *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 505 ss.; M. RENNA, M. SGROI, *Il responsabile del procedimento*, in G. PASTORI (a cura di), *Legge 7 agosto 1990, n. 241 e ordinamenti regionali*, Padova, 1995, p. 99 ss.; A. MAVELLI, *La responsabilità per il procedimento tra organizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive del privato*, in *Jus*, 1999, p. 977 ss.; M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2001, pp. 11 ss. e 170 ss.; F.G. COCA, *I modelli organizzativi*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERESI MONACO F.A., COCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, p. 351 ss.; nonché, più approfonditamente, quanto da noi considerato ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 206 ss., ed ivi più approfonditi richiami bibliografici.

¹⁴⁴ Rileva E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1995, p. 5, come il responsabile del procedimento sia idoneo a rispondere all'"esigenza di stabilire i nessi tra la produzione e l'imputazione dell'attività e di stabilire per questa via i centri di responsabilità dell'agire amministrativo, dispersi nei rivoli delle competenze amministrative". Sulla presenza di un nuovo criterio di organizzazione, che mette la parola fine alla separazione tra il momento della produzione del potere e quello della sua imputazione, si esprime G. DI GASPARO, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., p. 407 ss.

Che l'impianto della l. n. 241/1990 costituisca un passo in avanti per l'adattamento dell'organizzazione e del procedimento all'ordine sociale che dovrebbero rispecchiare, ma che comunque le nuove figure e strutture di responsabilità, compreso il responsabile del procedimento, siano state sostanzialmente ingabbiate nelle maglie del vecchio modello amministrativo, è sostenuto da G. BERTI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 279 ss.; cfr. già ID., *La responsabilità pubblica*, cit., p. 283 ss., spec. p. 301 ss.

¹⁴⁵ L'impianto strutturale che si è venuto a creare è caratterizzato, infatti, dal rilievo di una pluralità di situazioni giuridiche di carattere procedurale, nel senso che si verrà a specificare nel

tività, comprese quelle dei privati, che si vengono a porre nello svolgimento dell'azione amministrativa, in relazione al loro apporto dialettico nell'elaborazione della decisione¹⁴⁶. L'analisi inerente a tale tematica si è focalizzata in particolar modo sulla posizione delle parti intervenienti nel procedimento rispetto a quella dell'organo decidente¹⁴⁷. In ragione della possibilità, riconosciuta alle parti dalla legge generale sul procedimento, di influire attraverso il proprio apporto al farsi della determinazione amministrativa, si tende, infatti, a porre tutte

proseguo della trattazione. In proposito, può evidenziarsi come lucidamente lo stesso G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 300, n. 80, notava come, nel momento in cui “fosse prevista una disciplina della partecipazione del privato all'azione amministrativa, la posizione individuale assumerebbe immediatamente il carattere di situazione soggettiva, giacché si trasferirebbe subito sul piano dei rapporti tipici della procedura. Mancando questa disciplina, non viene meno però la base materiale dell'interesse, che opera quindi come misura obbiettiva nei confronti della trasformazione di potere. La soggettivizzazione dell'interesse, mancando detta procedura, si verifica perciò in un momento successivo, quando l'atto è stato emanato ed è possibile reagire ad esso in sede giurisdizionale. La base materiale resta dunque identica”.

¹⁴⁶ Si veda ad esempio la ricostruzione di M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., *passim*, spec. pp. 197 ss., 274 ss. e 343 ss., che, rileva la crisi del ‘soggetto decisore’ come tradizionalmente inteso e lo sostituisce con una ‘coalizione decisionale’ composta dai diversi privati e apparati amministrativi coinvolti. Vi sarebbero, in questo senso, una pluralità di centri decisionali pubblici e privati, dotati ognuno di autonomo rilievo e collocati in posizioni non agevolmente definibili all'interno di uno schema predefinito di rapporti di sovra/sotto-ordinazione, rispetto ai quali la P.A. costituirebbe l'insieme delle strutture e delle condizioni che rendono possibili l'incontro e la relazione fra le diverse posizioni coinvolte: il collegamento che si viene a creare rappresenterebbe un nesso organizzativo dinamico (la ‘coalizione decisionale’, appunto), variabile nel suo assetto specifico, in cui si esprimono gli interessi rilevanti, in cui sono attive, cioè, più posizioni di discrezionalità, che si intersecano in quella che viene definita ‘relazionalità amministrativa’, quale elemento dinamico attraverso cui comprendere e valutare la formazione della decisione, nella rispondenza dell'assetto di interessi da essa espresso al valore ordinamentale che la stessa si propone di realizzare. La decisione dell'Amministrazione costituirebbe, quindi, il prodotto dello svolgimento delle molteplici interazioni tra le diverse componenti di tale coalizione, che si intrecciano in un insieme aperto e flessibile di nessi complementari, di criteri di comportamento e di possibili percorsi strategici che di volta in volta si presentano per risolvere il problema che si pone nella realtà (‘campo decisionale’). In tal modo, la decisione si ricollegerebbe non ad una, ma a molte scelte, dirette ognuna alla realizzazione di un interesse specifico, che nella decisione deve trovare un senso comune; verrebbe quindi a presentarsi come la linea di raccordo fra più centri di riferimento di interessi e fra le diverse situazioni soggettive, attive e passive, di cui gli stessi sono titolari; come tale, la decisione non potrebbe essere più concepita come il momento conclusivo di un percorso lineare, ma si verrebbe a definire in corrispondenza di un percorso circolare e complesso, di cui il provvedimento finale non sarebbe che il momento formale riassuntivo.

Tale impostazione conferisce dunque rilievo centrale alla complessità soggettiva nell'ambito del processo decisionale, e la risolve in un'ottica che, sotto il profilo decisorio, si situa nel solco della codecisione: cfr., per le critiche in generale espresse a quest'ultima, quanto subito di seguito riportato, nel testo e in nota. Profili critici nel medesimo senso, nei confronti della tesi di Bombardelli, si ritrovano anche in A. CORPACI, *Recensione a M. Bombardelli, Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, in *Dir.*

le posizioni considerate in un'ottica di tendenziale parità nei confronti della decisione. In questa prospettiva, in varie e differenti proposte ricostruttive, si afferma che le parti assumerebbero una posizione paritetica sul piano decisorio, per cui l'esercizio della funzione amministrativa si porrebbe in un'ottica di tendenziale codecisione¹⁴⁸.

Si è già spiegato come tale logica non sia condivisibile¹⁴⁹. L'accoglimento della posizione paritaria delle parti ai fini decisorii si scontra infatti con l'obiezione, innegabile, per cui, se può sicuramente affermarsi che le valutazioni compiute durante la fase istruttoria partecipino già della decisione che si verrà a determinare¹⁵⁰, le scelte che intervengono all'interno dell'arco decisionale risul-

pubbl., 1999, p. 301 ss., spec. p. 305 ss.; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini*, cit., pp. 1054-1055, n. 36; M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica*, cit., pp. 164-165, n. 26.

¹⁴⁷ Cfr. in generale *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 15 ss., a cui in generale si rimanda per una più approfondita analisi della questione e per ulteriori riferimenti rispetto a quelli riportati nelle note seguenti.

¹⁴⁸ Tale prospettiva è portata avanti da diverse ricostruzioni, alcune delle quali si situano nell'ottica di una considerazione garantistica della partecipazione, altre anche in quella della sua funzione collaborativa. L'impostazione maggiormente strutturata in tal senso è quella di A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel provvedimento amministrativo*, cit., spec. p. 77 ss., il quale, dopo aver affermato che il momento politico della scelta si viene a determinare nella fase pre-procedimentale, attraverso una 'proposta di decisione', corrispondente all'atto di iniziativa (sia esso proveniente dall'Amministrazione per i procedimenti da iniziarsi d'ufficio ovvero dal privato per quelli ad istanza di parte), considera la fase successiva (p. 95 ss.), che denomina fase procedimentale in senso stretto, come il luogo in cui avviene la verifica della fondatezza della proposta di decisione (auto-verificazione ovvero etero-verificazione a seconda della differente iniziativa procedimentale). Questa fase (p. 129 ss.) sarebbe caratterizzata dal confronto dialettico tra parte privata e P.A. attraverso cui la decisione si viene a determinare, e coincide, nel suo farsi dinamico, con l'istruttoria: rispetto ad essa non sarebbe ravvisabile una posizione di supremazia dell'Amministrazione, rappresentando l'azione amministrativa che vi si svolge l'estrinsecazione di una capacità di agire, di natura non diversa rispetto a quella che l'ordinamento attribuisce ai soggetti privati in esso presenti e operanti. Attraverso la configurazione di una fase procedimentale in senso stretto, ci si colloca nella prospettiva della funzione come farsi della decisione, nel senso che (p. 124) si distingue tra un agire amministrativo per la decisione e un (diverso) agire per la produzione dell'effetto giuridico: quest'ultimo attiene alla successiva fase 'provvedimentale', ove la decisione assunta nella fase procedimentale viene elevata a regola produttiva di effetti ad opera del soggetto titolare del potere, a dire l'Amministrazione procedente (pp. 76 e 116 ss.).

¹⁴⁹ Cfr. *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 19 ss., nel testo e in nota.

¹⁵⁰ Sulla continuità delle due fasi cfr. ad es. M. NIGRO, *Relazione introduttiva*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., p. 15; G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, cit., p. 488; F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 636 ss.; E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, cit., p. 2; S. COGNETTI, "Quantità" e "qualità" della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, pp. 97-99. Non mancano, peraltro, autori volti ad evidenziare come la continuità fra momento istruttorio

tano comunque demandate all'autorità procedente¹⁵¹, la quale ne assume la responsabilità¹⁵². Opinare diversamente significherebbe allora riproporre, in relazione all'impianto ricostruttivo ora in considerazione, la stessa impostazione di neutralizzazione del potere portata avanti dagli indirizzi che hanno risolto la funzione, quale farsi dell'atto, in un'ottica prettamente obiettivistica, ed esporsi

e momento decisionale finale non rende impossibile una loro distinzione sul piano logico: S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, p. 352; M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, p. 73 ss. Ciò che va evidenziato, ad ogni modo, è che anche la rilevanza della continuità dei due momenti non riesce a scardinare l'obiezione che viene rivolta alla logica della contitolarità del potere decisionario riferita nel testo, che, cioè, le scelte vengono comunque compiute dall'autorità procedente.

¹⁵¹ Si veda in questo senso anche A. TRAVI, *Interessi procedimentali e 'pretese partecipative': un dibattito aperto*. (A proposito di due contributi di Duret e di Zito), in *Dir. pubbl.*, 1997, pp. 543-544, secondo cui "solo all'Amministrazione spetta stabilire la regola del giudizio e l'ordine di prevalenza fra i vari interessi in gioco". Cfr. anche F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 34-36; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., pp. 13-14 e 33; ID., *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, cit., p. 255 ss. Si veda poi F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, cit., p. 347 ss., che sottolinea (pp. 348-349) che "al partecipante non può (...) riconoscersi la veste di co-autore della decisione", giacché "l'informazione del partecipante non è mai di per se stessa immediatamente utilizzabile ai fini della deliberazione finale" ma è necessaria a tal fine un'attività di controllo e di rielaborazione "riservata all'amministrazione pubblica per un principio di responsabilità giuridica al quale può attribuirsi valore istituzionale": "appunto in quanto giuridicamente responsabile, l'amministrazione si "appropria" di tutti i materiali procurati dall'interventore e da essa utilizzati nel procedimento per la fissazione dei presupposti, per la formulazione delle premesse, per la costruzione delle alternative e per la scelta". Da ultimo, M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 153, per cui i fatti possono essere ricercati e introdotti dal privato, ma sono sempre selezionati dalla P.A.

¹⁵² Le considerazioni appena effettuate risultano peraltro suffragate dall'art. 6, lett. e), l. n. 241/1990, come sul punto modificato dalla l. n. 15/2005, il quale fa riferimento alla possibilità, per l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, di discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento. Sul punto, lo stesso A. ZITO, *Brevi riflessioni sul ruolo del responsabile del procedimento nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15*, in *Giustamm.it*, 2005, ora con il titolo *Compiti del responsabile del procedimento*, 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, 2005, pp. 197-198; ID., *Profili funzionali del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 168, di cui si è ricordata subito sopra, in nota, l'impostazione assunta in relazione alla dialettica propria della decisione nell'ambito del procedimento, ha ritenuto che, a seguito della modifica dell'art. 6, lett. e), l. n. 241/1990 ad opera della l. n. 15/2005, sia "necessario riconoscere che la decisione costituisce il prodotto di una competenza divisa tra il responsabile del procedimento e il titolare dell'organo", ove la motivazione rappresenta il momento deputato a segnalare l'eventuale discontinuità tra quanto proposto dal responsabile e quanto deciso dall'organo, pur dovendosi continuare a distinguere

conseguentemente alle medesime obiezioni che, sotto il profilo in esame, contro di essa possono muoversi¹⁵³.

In questo senso, va evidenziato, invece, come in tanto possa aversi una pariteticità delle parti nei confronti della decisione, in quanto l'autorità decidente sia strutturata nel senso non solo dell'imparzialità, ma della terzietà e dell'indipendenza rispetto agli interessi che vengono in questione, e nei confronti delle parti che corrispondentemente ne siano portatrici (non sia, quindi, essa stessa parte, neppure imparziale); in mancanza, l'unica altra alternativa in senso paritario è quella per cui la codecisione si ponga come tale in senso tecnico, nel senso cioè che, perché si possa addivenire ad una determinata decisione, si richieda necessariamente l'accordo delle parti¹⁵⁴.

L'assenza di una siffatta pariteticità non toglie però che i soggetti privati assumano un ruolo, all'interno del procedimento, che si caratterizza per la rappresentazione della propria posizione in termini di contraddittorio con l'autorità decidente¹⁵⁵. Quest'ultima, infatti, se può disattendere, non può anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola af-

la fase decisionale così strutturata dalla successiva fase provvedimentale deputata a rivestire il contenuto della decisione della forma giuridica appropriata.

¹⁵³Non a caso A. ROMANO TASSONE, *Note*, cit., p. 456, appunto con riferimento all'affermazione oggettivistica della funzione, avvertiva come vi fosse il rischio che il ruolo dell'autorità decidente tendesse a scomparire, "a ridursi a quello di un mero trascrittore delle risultanze evidenziate dal procedimento nel suo meccanico articolarsi".

¹⁵⁴Cfr. *Il contraddittorio procedimentale*, cit., pp. 20 ss. e 54 ss.

¹⁵⁵In particolare, si ritiene che di contraddittorio possa parlarsi anche in relazione al procedimento amministrativo, ma esso andrebbe comunque correlato alla circostanza che l'Amministrazione è in una posizione di supremazia nella fase di adozione della decisione: cfr., oltre a Frediani e Clarich, riportati subito di seguito alle note successive, anche F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, p. 248 ss.; in senso non dissimile, ancorché in un'ottica maggiormente improntata alla collaborazione, L. MIGLIORINI, *La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo*, in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Napoli, 1993, p. 89; mentre A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, *passim*, pur se in via di principio (p. 51 ss.) ritiene applicabile un contraddittorio pieno e paritario tra le parti secondo le garanzie tipiche dell'esercizio della funzione giurisdizionale, giacché paritario sarebbe il relativo rapporto, nel delineare le singole garanzie procedurali (p. 199 ss.) implicitamente le considera atteggiarsi in maniera peculiare in relazione alle modalità con cui si svolge l'azione amministrativa.

fatto in considerazione ovvero non dandone conto¹⁵⁶: il contraddittorio, in questo senso, è limitato sotto il profilo orizzontale (quello, cioè, che riguarda la sua esplicazione tra le parti), ma non lo è sotto quello verticale (il contraddittorio che si esplica tra le parti e il giudice)¹⁵⁷. La presenza di una procedura in contraddittorio consente di qualificare la posizione del soggetto privato quale parte, in senso tecnico, all'interno di un processo¹⁵⁸. Quest'ultimo, infatti, nella prospettiva della funzione, perde la sua connotazione teleologica¹⁵⁹, per assu-

¹⁵⁶ Secondo la nota formula utilizzata da E. FAZZALARI., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, p. 82; ID., *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1072; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, pp. 869-870; ID., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 827.

In proposito, può richiamarsi quanto affermato da E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 1003 ss., spec. p. 1008 ss., il quale, prendendo le mosse dall'impostazione dello stesso Fazzalari, ha distinto tre diversi modelli di partecipazione procedimentale: una partecipazione soltanto potenziale, come era in generale quella che si aveva prima della l. n. 241/1990, ove non poteva parlarsi di contraddittorio, ben potendo l'autorità procedente non soltanto disattendere, ma anche obliterare l'attività dell'altra parte eventualmente intervenuta, non prendendola affatto in considerazione ovvero non dandone conto; una partecipazione complessa a contraddittorio necessario, come è quella propria della disciplina della l. n. 241/1990, la quale, tuttavia, corrisponde ad una mancanza di pariteticità delle parti sul piano decisorio; una partecipazione a contraddittorio perfetto, capace, cioè, di realizzare un'effettiva paritarietà tra tutti i soggetti che partecipano al processo di elaborazione di una determinata decisione, la quale, nell'ambito dell'azione amministrativa, si avrebbe nel caso di cui all'art. 11, l. n. 241/1990, sugli accordi amministrativi (su tale ultima evenienza cfr. quanto detto subito sopra, nel testo e in nota).

¹⁵⁷ La distinzione a cui si fa riferimento (su cui cfr. ad es. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2013, p. 33) è richiamata da M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 69 ss., trattando dei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti. Si vedano in proposito L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del)*, I *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1997, pp. 16-17; E. FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 193 ss., spec. p. 202.

¹⁵⁸ Non si può quindi negare la presenza di un contraddittorio in senso tecnico sulla base della circostanza che l'autorità decidente sia al tempo stesso appunto soggetto che decide e contraddittore, sia, cioè, parte in senso sostanziale, la quale, ancorché imparziale, cura direttamente interessi pubblici coincidenti o in conflitto con quelli dei privati attraverso lo svolgimento dell'azione amministrativa, mentre perché vi sia pariteticità effettiva l'autorità decidente dovrebbe necessariamente essere terza rispetto alle parti: così invece S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, pp. 311-313; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, cit., pp. 939-940; ID., *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, V, cit., pp. 4512-4513; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 121 ss.

¹⁵⁹ Secondo quanto già ricordato, infatti, la posizione tradizionale richiedeva, per l'individuazione di un processo, la necessità di un conflitto di interessi, attuale o potenziale: cfr. in particolare F. CARNELUTTI, *Sistema*, I, cit., p. 44; ID., *Sistema*, III, cit., p. 4.

mere rilievo sotto il profilo strutturale: si può allora affermare che vi è un processo laddove vi siano parti che possano rappresentare l'interesse di cui siano portatrici ¹⁶⁰, all'interno di una procedura in contraddittorio ¹⁶¹, secondo quanto è stato spiegato dalla dottrina processualistica ¹⁶². L'azione amministrativa si svolge quindi nella forma di un processo, il cui oggetto, in particolare, si rivolge alla decisione in ordine all'esercizio della situazione giuridica di potere, e la cui struttura è quella propria di un modello fondato sulla mancanza o sull'incompleta separazione tra l'organo decidente e i contraddittori ¹⁶³.

Il ruolo del soggetto privato nell'ambito della funzione è quindi il ruolo che da questi può essere esercitato all'interno del processo in cui si esplica il potere amministrativo. Non possono essere invocate letture differenti, che non trovino rispondenza nel dato strutturale proprio del modello procedurale; un dato che, come detto, si pone nel senso per cui la posizione del privato, nella relazione con il potere, è quella di un soggetto che non compie la scelta decisionale amministrativa, ma rispetto ad essa si rapporta, pur nell'ambito di una procedura ove è possibile una rappresentazione della propria posizione in contraddittorio, secondo quanto descritto.

È in questa prospettiva che viene quindi a risolversi il modello 'dialogico' dell'interesse legittimo, proposto da quelle impostazioni che nella possibilità di influire sulla determinazione finale amministrativa hanno rinvenuto il carattere

¹⁶⁰ Secondo la tradizionale ricostruzione di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 1131 ss.

¹⁶¹ Secondo l'impostazione riconducibile a F. Benvenuti, G. Berti (*Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., p. 782 ss.; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 437 ss.), nonché a G. Pastori (*Introduzione generale*, cit., p. 7 ss.; *Le trasformazioni*, cit., p. 483 ss.). Da ultimo, all'interno del filone dottrinale richiamato, considera il contraddittorio quale elemento fondante del rito-procedura rispetto al mero procedimento M. BELLAVISTA, *Procedimento e procedura come processo sostanziale*, cit., p. 93 ss., spec. p. 105 ss.; ID., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, cit., p. 596 ss., spec. p. 636 ss.; ID., *Il rito sostanziale amministrativo*, cit., spec. p. 121 ss.

¹⁶² Cfr., ancora, E. FAZZALARI, *Istituzioni*, cit., p. 73 ss., spec. p. 82 ss.; ID., *Processo*, cit., p. 1072; ID., *Diffusione del processo*, cit., p. 868 ss.; ID., *Procedimento e processo*, cit., p. 824 ss., spec. p. 827 ss.)

¹⁶³ Cfr. ancora, oltre a quanto detto alle note precedenti, *Il contraddittorio procedimentale*, cit., spec. pp. 54 ss. e 202 ss.

di differenziazione di tale figura¹⁶⁴. Non potendo riferirsi, detta possibilità di influenza, ad una scelta nel senso della codecisione, il dialogo si esprime, come già anticipato, nelle varie facoltà e pretese attinenti alla dinamica procedurale, senza che, per tale via, possa risultare intaccata la realtà sostanziale ascrivibile al rapporto tra individuo e potere.

Ora, rispetto a tale scenario, può dirsi che le situazioni giuridiche soggettive configurabili in capo al privato a fronte della situazione giuridica di potere, così come la stessa situazione di potere, assumano la consistenza strutturale che si ricava dal relativo modello processuale: è, cioè, nella prospettiva descritta che dette situazioni devono essere inquadrare; nel carattere procedurale che esse rivestono in ragione dell'esplicazione del potere amministrativo all'interno dell'impianto strutturale proprio della funzione. In questo senso, alla stessa azione procedimentale amministrativa, come rivolta alla decisione, ci si può riferire nei termini di *comportamento procedurale*, rispetto al quale le differenti situazioni vengono a rapportarsi.

Più in particolare, si può specificare come, a seconda che l'interesse del privato si rivolga nei confronti dello svolgimento del procedimento in sé considerato, ovvero dello svolgimento del procedimento considerato in rapporto con una particolare situazione giuridica di potere, ovvero ancora della situazione giuridica di potere che nell'ambito del procedimento si esplica, si sarà al cospetto di situazioni di carattere astratto e indeterminato, di carattere relativamente astratto ovvero di carattere concreto, al pari di quanto avviene nell'ambito del processo giurisdizionale, ove l'azione, intesa in senso astratto, è rivolta alla decisione di merito, mentre, nella sua considerazione concreta, fa riferimento al provvedimento favorevole.

Le prime due tipologie di situazioni, cioè quelle di carattere genericamente o relativamente astratto, sono qualificabili come situazioni di carattere prettamente procedurale, e sono quelle a cui ci si riferisce solitamente con la denomi-

¹⁶⁴ Cfr. quanto detto *supra*, par. 2.

nazione di situazioni giuridiche procedimentali, laddove se ne accolga una configurazione autonoma rispetto alle situazioni sostanziali che con esse vengano in collegamento. La loro concreta declinazione dipende dal modello procedurale corrispondente, per cui, come detto, è al modello che si è visto essere proprio della funzione amministrativa che si deve fare riferimento ¹⁶⁵.

Le situazioni procedurali di carattere concreto attengono invece alla sfera di interessi sostanziali del soggetto, riferendosi alla posizione che, sotto tale profilo, esso assume nel rapporto con la situazione giuridica di potere. In ragione della sede in cui il potere trova esplicazione, anche la situazione sostanziale del privato riveste, infatti, carattere procedurale, attenendo ad un comportamento che l'autorità pone in essere all'esito dell'attività decisoria che trova riscontro all'interno della funzione; sotto tale profilo di carattere generale, essa non è particolarmente differente, in ordine alla sua natura, dall'azione concreta propria del diritto processuale ¹⁶⁶. La sua consistenza dipende dalla fattispecie a cui fa riferimento, nella declinazione che questa assume all'interno della funzione, in ragione dei caratteri strutturali a quest'ultima ascrivibili.

8.2 La caratterizzazione oggettiva del modello procedurale. Il modello procedurale di accertamento e il problema dell'attività discrezionale. La caratterizzazione della situazione giuridica sostanziale

Se la descrizione del piano soggettivo inerente alla funzione è risultata idonea a fornire lo schema generale per procedere alla caratterizzazione delle situazioni giuridiche afferenti ad un rapporto in cui si esprime un potere amministrativo, la valutazione del profilo oggettivo inerente all'attività decisoria consente appunto di vagliare la loro consistenza anche sul piano contenutistico.

¹⁶⁵ Sotto questo profilo, si è da parte nostra ampiamente avuto modo di considerare ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., *passim*, come il nostro assetto ordinamentale delinea un modello procedurale generale dell'azione amministrativa che si ricava dal rilievo teleologico della partecipazione che trova espressione sotto il profilo strutturale: in particolare, tale modello risulterebbe strutturato su un contraddittorio misto collaborativo-garantistico. Le situazioni giuridiche procedimentali si connotano di conseguenza, come si è detto in quell'occasione.

¹⁶⁶ Si è specificato sotto il profilo della sua natura, in quanto, sotto il profilo della struttura, essa non necessariamente si presenta come pretesa che scaturisce dall'esercizio di un'azione/domanda del medesimo soggetto a cui la pretesa stessa è riconducibile.

Per procedersi nella direzione appena descritta, è necessario prendere nuovamente le mosse dalle considerazioni effettuate in ordine alla funzione. Si è detto come essa rappresenti il processo attraverso il quale si determina la scelta di produrre o meno la situazione effettuale, e come la razionalizzazione del processo decisorio ascriva a sé il rapporto tra soggetto, a cui la situazione giuridica di potere fa riferimento, e la situazione giuridica stessa. Se così è, si deve allora concludere che il modello descritto risulta idoneo a ricomprendere in sé tutte le attività che, intervenendo nel processo decisorio, concorrano a determinare la scelta definitiva in ordine alla situazione effettuale. Lo schema si presenta quindi come unitario, all'interno del quale le differenti attività, e le differenti tipologie di scelta, trovano riscontro in rapporto con la considerazione del processo decisorio nella sua interezza.

Quali siano le attività che nel processo di concretizzazione del potere devono essere svolte dipende essenzialmente dal rapporto che si viene a porre tra la funzione e la struttura della situazione giuridica di potere. In via generale, la fattispecie di quest'ultima, come visto, è predisposta in via ipotetica dalle norme che disciplinano la validità sostanziale della produzione dell'effetto, e la sua sussistenza in concreto è determinata dall'integrazione fattuale degli elementi in questo senso richiesti. Ora, poiché la funzione determina la rilevanza giuridica del processo che porta alla decisione di porre in essere o meno la situazione effettuale corrispondente al potere, ne consegue che il processo decisionale va inteso come serie di momenti ove si valutano nella loro sussistenza i presupposti di fatto e di diritto attinenti alla situazione giuridica di potere, in uno con la scelta di porre in essere la relativa situazione effettuale. Il problema, come pure si è già rilevato, è quello di stabilire, nel momento in cui ci si trovi di fronte ad un'attività non interamente, ma solo parzialmente, vincolata, se i profili che attingono alla scelta di produrre o meno una determinata situazione effettuale possano rimanere ricompandersi nella fattispecie della situazione di potere,

ovvero debbano essere ricondotti a quella relativa al suo esercizio; e quali differenze ciò comporta nell'ambito della funzione.

Se ci si chiede a cosa, nel rapporto tra situazione di fatto e scelta in ordine ad essa, i momenti decisionali effettivamente corrispondano, si deve partire infatti dalla considerazione che il potere amministrativo è normativamente assoggettato ad un vincolo di ordine teleologico: il principio di legalità, secondo quanto trova riscontro nell'art. 1, l. n. 241/1990, si declina infatti nel senso che l'attività amministrativa debba perseguire i fini determinati dalla legge. Ciò significa che è dato riscontrare, nel senso descritto, la presenza di un elemento di ordine teleologico, il quale, in maniera più o meno puntuale, descrive il fine a cui deve essere rivolta l'azione della P.A. (l'interesse pubblico astratto). Tale elemento deve dunque orientare i margini di scelta, laddove presenti, in ordine alla decisione sull'assetto di interessi da assumere a fronte di una particolare situazione di fatto; in ordine, cioè, alla definizione del concreto assetto assiologico (l'interesse pubblico concreto) da perseguire attraverso la produzione di una determinata situazione effettuale. Rapportato a quanto già detto sulle situazioni giuridiche di potere, può dirsi che l'elemento teleologico rilevi in ordine alla decisione di esercitare o meno la situazione di potere, ovvero di esercitare una situazione di potere in luogo di un'altra.

La dottrina, in ragione di tale caratterizzazione del potere amministrativo, ha solitamente incentrato il modello della decisione sulla caratterizzazione discrezionale dell'attività; nel senso che il processo decisionario null'altro costituirebbe se non la rappresentazione, nel senso della funzione, dell'esercizio della discrezionalità amministrativa¹⁶⁷. Nell'ambito di questo modello, il rilievo che, in relazione alla struttura della fattispecie della situazione giuridica di potere, assume la sussistenza di elementi di fatto, ha condotto poi a considerare come,

¹⁶⁷ Cfr. ad es. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., *passim*, spec. p. 90; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., *passim*; A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., p. 287 ss.

all'interno del processo decisorio, siano ravvisabili momenti di accertamento riferibili a tali elementi¹⁶⁸.

Il rilievo strutturale dell'attività è destinato tuttavia a porsi in un ruolo di primo piano nel momento in cui i caratteri teleologici e contenutistici della funzione vengono posti in diretta correlazione, appunto, alla sua valenza strutturale. L'impostazione su cui in generale la concezione della funzione si basa – cioè quella della concretizzazione dell'ordinamento quale processo di produzione normativa a cui in generale è riconducibile la funzione stessa – presuppone, infatti, una considerazione unitaria del processo di trasformazione del potere in atto, che solo può differenziarsi in ragione della presenza di una diversità di elementi strutturali. Rapportata la funzione alla decisione, tale considerazione unitaria rimane in generale inalterata, ma assume carattere centrale, sotto il profilo contenutistico, il farsi dell'attività decisoria. È allora dai caratteri strutturali della fattispecie normativa a cui il potere è ascrivibile, nonché da quelli del procedimento attraverso il quale il processo decisorio assume rilevanza (profilo, quest'ultimo, destinato a ricevere particolare valorizzazione con l'introduzione della legge generale sul procedimento), che è possibile ricavare le indicazioni necessarie a descrivere il modello idoneo a caratterizzare giuridicamente l'attività di decisione.

¹⁶⁸Tale aspetto, va peraltro ricordato, tradizionalmente non aveva assunto un'autonomia e compiuta considerazione. Rispetto infatti alla tendenza, di cui si dirà meglio nel proseguo, a considerare l'accertamento in ragione del rapportarsi del profilo della struttura dell'attività svolta con quello degli effetti prodotti, l'accertamento come attività finiva per essere relegato ad una sfera interna, avente valore strumentale nei confronti dell'esplicarsi dell'effetto (in disparte, poi, la natura assunta da quest'ultimo nelle diverse tipologie di atti). Con riferimento al potere discrezionale, l'attività di accertamento avrebbe costituito, quindi, un momento meramente interno e strumentale alla formazione dell'atto di volontà, quale rivolto alla produzione dell'effetto precettivo. In questo senso, si veda M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, cit., p. 555 ss.; ID., *Accertamento (dir. cost. e amm.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 219 ss., per cui l'accertamento come attività consisterebbe in un'attività istruttoria interna, avente ad oggetto il reperimento di informazioni e le valutazioni di ordine tecnico: essa sta alla base di ogni provvedimento amministrativo, e non avrebbe rilievo in sé considerata, ma solo con riguardo al suo eventuale influire sulla validità della manifestazione di volontà che si ha nel provvedimento, in ordine ad uno dei suoi elementi. Anche secondo G. CORSO, *L'efficacia*, cit., p. 270 ss., l'accertamento come momento di un atto “costituisce un'articolazione interna del processo di formazione della volizione, che si riscontra nel provvedimento come in qualsiasi atto di volizione, abbia o meno rilevanza giuridica”.

Quest'ordine di idee può ritrovarsi già in quella dottrina che per prima si è posta nella prospettiva della concretizzazione dell'interesse pubblico astrattamente previsto in via normativa, riconducendolo ad un'attività conoscitiva dell'Amministrazione¹⁶⁹. In questo senso, infatti, si è espressamente individuata e valorizzata un'attività di accertamento, il cui espletamento si porrebbe direttamente in correlazione con l'elemento teleologico proprio del potere¹⁷⁰. Rispetto ad essa si è ricostruita la successiva attività decisoria in senso proprio, secondo uno schema che ha permesso in generale alla dottrina successiva, in maniera più o meno pregnante a seconda delle differenti ricostruzioni, di attribuire una maggiore considerazione all'attività di accertamento propria della processo decisionale amministrativo¹⁷¹.

La valorizzazione del rilievo strutturale dell'attività di accertamento si può poi riscontrare in chi, più specificamente, ha cercato di capovolgere il paradigma su cui viene solitamente costruito il modello della decisione amministrativa, cioè, come detto, quello dell'attività discrezionale, per far riferimento direttamente ad un modello fondato sull'accertamento. In particolare, tale approccio è rinvenibile in quella dottrina che ha individuato nella preesistenza di una disciplina normativa da attuare il tratto caratteristico della funzione accertativa: il modello strutturale, quindi, è quello dell'accertamento, rispetto al quale si innestano le valutazioni di opportunità riferibili all'esercizio della discrezionalità

¹⁶⁹ F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., pp. 201 ss. e 237 ss.

¹⁷⁰ In particolare, secondo F. LEVI, *op. ult. cit.*, p. 259 ss., le categorie indeterminabili non indicherebbero un tipo di fatti la cui sussistenza in concreto doveva essere accertata prima dell'emanazione di un provvedimento, ma, concorrendo alla descrizione dell'interesse pubblico specifico che rappresenta il canone fondamentale dell'agire amministrativo, imporrebbero all'autorità procedente di considerare l'intera situazione storica per stabilire se esista qualche fatto a tal fine significativo: i fatti considerati non sono accertati in quanto previamente descritti dalla legge, bensì in quanto in qualche modo connessi con l'interessi pubblico. Quest'attività è un'attività prettamente cognitiva, che quindi si concreta in un accertamento, in un giudizio storico, che consente di determinare quello che l'A. definisce interesse pubblico concreto (p. 301 ss., p. 326 ss.), idoneo a rappresentare il presupposto effettivo (che non potrebbe essere integrato dall'interese pubblico in astratto configurato dalla norma) sulla base del quale si deve esplicitare l'azione amministrativa. Su tali affermazioni si tornerà *infra*, par. 9

¹⁷¹ Accoglie ad es. senza riserve le premesse generali formulate da F. Levi N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, *passim*, spec. p. 157, n. 153, della cui impostazione si dirà *infra*, par. 9, in nota.

amministrativa¹⁷². Più di recente, poi, ha sostanzialmente strutturato nelle forme dell'accertamento il processo decisorio riferibile all'attività amministrativa anche un'altra dottrina, che ha ritenuto in questo senso elemento scriminante la circostanza che il provvedimento amministrativo, al pari di quello giurisdizionale, abbia carattere *concreto*, cioè presupponga un'attività di accertamento e di valutazione di fatti, il quale prescinderebbe dal più o meno elevato tasso di discrezionalità o vincolatezza dell'attività di attuazione demandata all'Amministrazione (così come del resto di quella demandata al giudice), nonché dal tipo di effetti che dal provvedimento scaturiscono¹⁷³.

In generale, può dirsi quindi che si riscontra una sensibilità in dottrina per la considerazione del modello decisorio sotto il profilo strutturale valorizzando l'ottica dell'accertamento, in ragione appunto dei caratteri che si possono rinvenire nello stesso processo di decisione. Sotto, tale profilo, non sembra in effetti potersi discutere sulla possibilità di ravvisare all'interno del processo decisorio un'attività strutturalmente qualificabile come accertamento, un'attività, cioè, ascrivibile ad una verifica, giuridicamente rilevante, avente ad oggetto, quale suo referente, l'esistenza materiale di un fatto, una questione giuridica, ovvero una situazione giuridica nella sua interezza. Da un lato, infatti, sotto il profilo della fattispecie della situazione giuridica, le norme sostanziali sulla produzione prendono in considerazione, quantomeno sotto un profilo generico,

¹⁷² È l'impostazione di B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, spec. p. 75 ss. In particolare, l'A. ha distinto le funzioni di accertamento autonome, in caso di completezza della disciplina stessa, dalle funzioni di accertamento strumentali, laddove sia necessario invece il completamento della disciplina nel caso singolo. In tal modo, viene concepito un modello decisorio che si colloca nell'ottica dell'accertamento, riscontrabile sulla base del criterio appena descritto, in relazione al quale si viene a collocare anche l'esercizio della discrezionalità: le valutazioni di opportunità ad essa riferibili, orientate dal criterio teleologico normativo, si innestano sulla struttura di accertamento dell'attività svolta in relazione ad una disciplina sostanziale incompiuta, cosicché detta attività si caratterizza per il completamento della disciplina sostanziale nel caso singolo sulla base dell'accertamento compiuto.

¹⁷³ M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, I, *Questioni pre-supposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, p. 92 ss. In particolare tale caratteristica si ricaverebbe, infatti, dalla fattispecie del provvedimento, che ha al suo interno elementi che implicano la sussistenza di una più o meno determinata realtà fattuale; nonché dalle previsioni legislative che comportano un rilievo giuridico dell'attività in questione (come quelle relative allo svolgimento dell'istruttoria procedimentale) e delle sue risultanze (come quelle attinenti alla motivazione).

elementi idonei a porre in relazione la realtà giuridica della fattispecie normativa con quella fattuale. Sotto il profilo della rilevanza giuridica dell'attività, è prevista, al fine di porre in essere la situazione effettuale corrispondente all'atto precettivo, una procedura all'interno della quale assuma rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti rilevanti, e risulta espressamente la diretta correlazione tra detta attività e la scelta di porre in essere o meno la situazione effettuale stessa: ciò si ricava dalla disciplina sugli adempimenti istruttori di cui agli artt. 6 ss., l. n. 241/1990, nonché da quella sulla motivazione dell'atto, secondo quanto previsto dall'art. 3, l. n. 241/1990, per cui la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria compiuta. Il problema, che a questo punto si pone, è quello allora di valutare in che limiti lo stesso processo decisionario possa essere descritto quale processo di accertamento.

Tale problematica si ricollega direttamente con quanto evidenziato in ordine al profilo di doverosità dell'esercizio del potere amministrativo. Essa concerne infatti il rapporto, sul piano della funzione, di ciò che, sul piano della fattispecie, si è descritto come relazione tra l'aspetto della situazione giuridica corrispondente all'atto precettivo e quello relativo alla figura di qualificazione deontica che caratterizza quest'ultimo. Si tratta infatti di considerare quale debba essere la collocazione, nell'ambito dell'esplicarsi della funzione, degli aspetti propri della/e scelta/e da effettuarsi in ordine alla situazione giuridica di potere. Più in particolare, si deve valutare in che limiti la funzione, intesa nel senso descritto, quale cioè processo formativo di una decisione, possa ricondursi alla verifica dell'integrazione degli elementi della fattispecie della situazione giuridica; in che limiti cioè i richiamati profili di scelta siano in essa ricompresi, ovvero in quale altro modo essi si vengano ad inserire nel processo decisionale, e quale sia il ruolo, in tale ambito, rivestito dalla presenza di un profilo di ordine teleologico. La questione è tanto più rilevante nell'ambito di un potere, qua-

le quello amministrativo, in cui la fattispecie si presenta spesso attraverso una generale indeterminatezza del fatto, nella sua commistione con l'interesse da perseguire¹⁷⁴.

9. Modello procedurale di accertamento e discrezionalità. Scomposizione della discrezionalità in discrezionalità conoscitiva, teleologica e dispositiva. La presenza della discrezionalità teleologica come necessità di determinazione di un criterio di preferenza tra valori

L'espletamento dell'attività di accertamento, qualora, come nell'ipotesi in esame, venga in questione non la mera sussistenza di un fatto, ma il rapporto tra la realtà fattuale e quella giuridica, deve necessariamente avvenire un raccordo tra queste due entità. Esso si ha con l'attribuzione del significato dell'entità normativa all'entità fattuale; si ha, quindi, con una qualificazione della realtà fattuale nei termini della realtà normativa, con un'attività, cioè, di qualificazione giuridica. Come in concreto tale processo si svolga è questione complessa, che evoca una serie di problematiche di estremo spessore concettuale, quali, in particolare, la concezione dell'interpretazione a cui si accede, il rapporto tra questa e l'applicazione della norma, nonché, per quanto viene in questione in questa sede, il ruolo attribuito, in tale ordine di prospettive, a quegli aspetti comunemente riferiti alla discrezionalità amministrativa.

¹⁷⁴ Va peraltro sottolineato che in questa prospettiva deve ritenersi anche inclusa la determinazione della situazione effettuale, laddove sia presente un margine di scelta in ordine a quale misura adottare. Tale possibilità, infatti, viene semplicemente a risolversi in una decisione (non in ordine ad una sola situazione di potere, come avviene nel caso in cui un margine di scelta in tal senso non sussista, bensì) in ordine a più situazioni giuridiche di potere poste fra loro in via alternativa: l'esplicazione della funzione – quale verifica della situazione giuridica di potere, in uno con la scelta di porla in essere – non muta, soltanto rapportandosi a più situazioni giuridiche. Lo stesso vale, si aggiunge, nel caso in cui la determinazione della situazione effettuale possa essere essa stessa oggetto di compiuta definizione da parte dell'Amministrazione procedente: in questo senso, si deve considerare, quale elemento rispetto al quale rapportare la decisione, in generale la/e situazione/i giuridica/he di potere ipoteticamente ricomprese nell'ambito di scelta dell'azione amministrativa; in altri termini, in caso di una pluralità di effetti possibili, anche non compiutamente determinati, si mantengono ferme le ipotetiche situazioni giuridiche corrispondenti e rispetto ad esse si considera la decisione di porre in essere o meno la relativa situazione effettuale

Non è questa la sede per ripercorrere compiutamente tale ricostruzione¹⁷⁵. È sufficiente a tal fine considerare come la problematica generale, a cui i differenti approcci interpretativi danno riscontro, sia essenzialmente quella dell'aspetto creativo dell'attività dell'operatore del diritto in ordine alla struttura necessariamente aperta della fattispecie normativa, e, soprattutto, dell'inquadramento di tale valore creativo all'interno della prospettiva dinamica della produzione del diritto, in uno con la possibilità, direttamente correlata con la considerazione che si ha di detto aspetto creativo, che esso sia riconducibile ad un fenomeno di qualificazione giuridica.

¹⁷⁵ Sia consentito, in proposito, rimandare interamente a quanto considerato in *Potere e situazioni soggettive*, I, cit., p. 417 ss.

Nell'ambito di quella trattazione, si è anche avuto modo di analizzare la tesi di L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, spec. p. 223 ss., la quale prende le mosse dalla nota concezione ermeneutica di H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Firenze-Milano, 2019 (op. orig. 1960), (su cui si rimanda a *Potere e situazioni soggettive*, I, loc. ult. cit.) considerata idonea a spiegare non soltanto il fenomeno dell'interpretazione, ma anche la dinamica del meccanismo stesso della produzione. In tale scenario, il potere, infatti, ove inteso come elemento dinamico della produzione, dovrebbe essere descritto, nella prospettiva appena riferita, come un processo inesauribile concepito in un'ottica ermeneutica quale riflesso della tematica interpretativa. Si sono allora prese le mosse dalle riferite teorizzazioni della filosofia ermeneutica per fondarvi, parallelamente alla concezione del potere appena descritta, una ricostruzione della discrezionalità nel diritto amministrativo, in relazione alla quale non si assume sussistente una differenza di ordine qualitativo rispetto all'interpretazione. Si afferma, infatti, che il fenomeno della comprensione, nel suo moto oscillatorio, non è divisibile in fasi se non al prezzo di snaturarne il rilievo ontologico ed accedere ad una schematizzazione eccessivamente formalistica, accettabile solo se intesa in modo piuttosto generico: in questo senso, allora, la discrezionalità non potrebbe assumere a manifestazione particolare del processo del comprendere, ma si risolverebbe nell'attuarsi del potere all'interno della problematica della comprensione attraverso il linguaggio, individuandosi solo sulla base della definizione normativa dei limiti dell'azione per il caso concreto. Non si deve ritenere, tuttavia, che tale impostazione comporti una riconducibilità dell'intero fenomeno decisionale ad un'operazione qualificatoria, ad un'attività, cioè, che rientri nell'ambito dell'accertamento. Lo esclude la stessa dottrina in esame, quando afferma che permane comunque la distinzione, pur all'interno della concezione ermeneutica di produzione giuridica appena descritta, tra interpretazione (in senso stretto), il cui oggetto sarebbe l'attività vincolata, e la discrezionalità in senso proprio, in cui vi sarebbe una scelta dispositiva. Più nello specifico, rispetto a questa considerazione di ordine generale, sul piano del diritto amministrativo si propone – in ragione della difficoltà di stabilire l'estensione delle valutazioni discrezionali, nonché dell'esigenza di evitare una ricostruzione eccessivamente rigida e formalistica del meccanismo della comprensione – una nozione allargata di discrezionalità, che vada in sé a ricomprendere la presenza di profili di vincolatezza, riscontrabili in occasione delle singole operazioni interpretative: cfr. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 81 ss., ed ivi n. 13, ove si ribadisce e si precisa quanto affermato in ID., *La discrezionalità*, cit., pp. 279 ss., 290 ss. e 326 ss.

In effetti, si ritiene ormai pacifico che, per addivenire alla sussunzione, sia necessaria una costruzione giuridica del caso attraverso la selezione dei fatti che si assumono rilevanti e una parallela concretizzazione della norma, e che tali attività siano in rapporto di reciproca interazione e oscillazione tra loro; parimenti non è in discussione che tale modello presupponga una serie di scelte che l'interprete deve effettuare. La presenza di un momento di scelta in capo all'autorità decidente non in tutti i casi, e comunque non in tutte le ricostruzioni, può quindi escludere la riconducibilità ad un'attività di accertamento (la scelta sussiste anche con riferimento alla qualificazione), evidenziandosi anzi come l'univocità del dato normativo sia una circostanza al limite ravvisabile solo in relazione a taluni elementi della fattispecie. Nondimeno, l'indeterminatezza della norma sotto taluni aspetti, o la presenza di differenti possibilità in essa contemplate, può portare ad estromettere i corrispondenti profili di scelta dalla prospettiva del fenomeno qualificatorio. L'oscillazione, nell'uno o nell'altro senso, nelle differenti prospettive adottate, risulta idonea ad incidere, di conseguenza, sulla definizione dei caratteri della discrezionalità amministrativa.

Ora, rispetto a tale scenario, può comprendersi come, una volta rilevato che il dato indeterminato necessita in ogni caso di un'integrazione intesa in senso lato, si sia ritenuto più importante considerare il valore sotteso all'attribuzione, da parte dell'ordinamento, della possibilità di integrare il dato normativo, rispetto al profilo tecnico della sua qualificazione¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Si veda in particolare in questo senso l'impostazione, già richiamata (cfr. *supra*, par. 4, in nota), di L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali*, cit., p. 316 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, cit., pp. 129 ss. e 152 ss., per il quale deve considerarsi irrilevante se l'integrazione della fattispecie normativa, lasciata imprecisa in taluno dei suoi elementi, sia ascrivibile o meno ad un'attività interpretativa: in ogni caso, infatti, l'indeterminatezza, che si esprime nelle clausole generali, contiene un margine di incertezza che richiede un'assegnazione di significato da parte dell'interprete, non essendovi un metodo logico attraverso il quale si possa giungere ad un significato univoco. In tal senso, ciò che rileva è allora chi possa procedere all'assegnazione di significato e a cosa detto significato debba fare riferimento: in particolare, secondo, l'A., come si è visto, poiché l'Amministrazione non rappresenterebbe un potere dello Stato, ma sarebbe espressione dell'ordine giuridico della società (si riprende l'impostazione di G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, cit., p. 458 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., p. 101 ss.), allora la determinazione discrezionale non po-

È in questa prospettiva che è necessario, allora, valutare in che modo possa stabilirsi quando la scelta si collochi all'interno o all'esterno di un'attività di accertamento, e conseguentemente in che limiti, con riferimento alla decisione amministrativa, e quindi ai caratteri propri della relativa situazione giuridica di potere, come sopra considerati, l'attività dell'organo decidente sia ascrivibile ad un modello di accertamento.

trebbe considerarsi quale scelta libera tra alternative lecite, giacché l'integrazione della fattispecie avverrebbe ricavando la regola dall'ordine giuridico della società, attraverso un'assegnazione di significato in cui l'interesse pubblico sarà interamente (pre)determinato dallo scopo di consentire il più alto grado di godimento dei diritti delle persone.

Proprio quest'ultima considerazione ci consente tuttavia di rilevare che, se degli spazi di valutazione vi sono, si deve comprendere come questi debbano essere intesi, se, cioè, essi rientrano o meno in un'attività qualificatoria del diritto, in qualsiasi modo la si voglia tecnicamente configurare. Laddove i margini di scelta ricadano interamente all'interno dell'attività qualificatoria, l'unico modo di evitare una completa sostituzione della scelta effettuata sarebbe quello di ammettere un limite *processuale/procedurale* all'accertamento; in caso contrario, una successiva attività di accertamento, per sua natura, sarebbe sostitutiva in ogni caso della qualificazione giuridica (eventualmente) effettuata in prima battuta dal soggetto. Un limite all'accertamento, tuttavia, non può riscontrarsi in ordine al sindacato del giudice amministrativo sull'operato della P.A. Da ciò consegue che, se alla sussistenza di spazi di valutazione si accompagna l'impossibilità di una completa sostituzione da parte degli altri operatori nella preferenza accordata dall'autorità procedente, allora la predeterminazione supposta non potrebbe essere totale, ma si dovrebbe comunque fare riferimento ad un apporto soggettivo dell'operatore giuridico che derivi dalla consistenza della propria situazione giuridica di potere sotto il profilo sostanziale. Questo punto, invero, non è chiarissimo in relazione alla dottrina che si sta esaminando, nel senso che non è chiaro se alla sussistenza di un margine di valutazione in capo alla P.A. si accompagni la possibilità per il giudice di scegliere quale opzione ritenere preferibile; sembra tuttavia che il riferimento non sia ad un sindacato interamente sostitutivo. Rilievi simili possono essere effettuati nei confronti dell'impostazione, da cui L.R. Perfetti prende le mosse, dello stesso G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 45 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., p. 90 ss., secondo cui, come pure si è visto, la funzione normativa si esplica come interpretazione del divenire sociale, che viene svolta dai vari operatori giuridici quali, appunto, operatori dell'interpretazione.

Nell'impostazione, di E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 1 ss., si evidenzia, invece, come la presenza di un margine di opinabilità o la ponderazione di interessi non siano caratteristiche tali da distinguere una particolare attività dall'applicazione del diritto. La giustificazione di un particolare regime per l'attività amministrativa deve, quindi, trovare un determinato fondamento di natura sostanziale: in questo senso, si ritiene che la discrezionalità in senso proprio debba consistere in una sfera di libertà la cui estensione concernerebbe i soli (e limitati, partendosi dal presupposto della generale separazione tra politica e amministrazione) casi in cui sussista un legame con un'effettiva politicità della scelta, cioè con la sua correlazione ad un apparato amministrativo di carattere politicamente rappresentativo o comunque politicamente responsabile (sfera libera-politica, essenzialmente riferibile all'alta amministrazione), mentre, in tutte le altre ipotesi in cui tradizionalmente si riscontra la sussistenza di discrezionalità amministrativa, non vi sarebbe invece alcun margine di insindacabilità, ma al contrario si sarebbe al cospetto, a prescindere dalla denominazione utilizzata, di un'attività di applicazio-

Per procedere in tal senso, si può partire da quella classificazione di ordine generale che, in relazione al potere amministrativo, fa riferimento alla presenza di un margine di scelta in capo all'autorità decidente, che derivi dall'indeterminatezza di taluni degli elementi della fattispecie normativa, quale discrezionalità (in senso lato), afferente ai differenti profili di una situazione di potere: in questo senso si distingue tra un margine di scelta circa la possibilità di rapportare il *quid* da qualificare alla classe corrispondente al concetto di riferimento (discrezionalità nell'apprezzamento dei presupposti), e un margine di scelta nell'individuazione della conseguenza giuridica con riferimento all'*an*, al *quomodo* o al *quando* della produzione degli effetti (discrezionalità nella misura da adottare)¹⁷⁷.

Tale classificazione generale, si precisa, non coincide con quella relativa alla concezione della discrezionalità amministrativa solitamente utilizzata nel nostro ordinamento. In questo senso, la discrezionalità viene tradizionalmente

ne del diritto pienamente sindacabile (da intendersi nel senso di compiutamente sostituibile da parte del giudice, che applicherà, al pari di quanto avviene in qualsiasi attività interpretativa, l'opzione che ritiene preferibile: pp. 45-46 e 133).

Va rilevato come la base comune di tali teorizzazioni (così come di quella di L. Benvenuti, di cui alla nota precedente) è quella riferibile alla generale impostazione di F. Benvenuti (pur se i vari autori esaminati vi si avvicinano in modo molto differente tra loro, e talora anche critico in relazione alle conclusioni a cui pervengono). In questo senso, lo stesso F. BENVENUTI, *Disegno*, cit., pp. 195-196, riconduce la sfera della discrezionalità al momento interpretativo della norma.

¹⁷⁷ È la distinzione che si ritrova nella dottrina tedesca con la scomposizione della norma di legge nella fattispecie normativa (*Tatbestand*) e nelle conseguenze giuridiche (*Rechtsfolge*). In merito ad essa, la posizione tradizionale ha rapportato la presenza di concetti vaghi nella fattispecie agli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, reputandoli interamente riconducibili alla determinazione normativa; mentre a fronte dell'indeterminatezza delle conseguenze giuridiche sarebbero ravvisabili *Ermessensermächtigungen*, rispetto alle quali il margine di scelta sarebbe esterno alla norma, come riconoscimento dell'autonomia della P.A. Tale rigida corrispondenza è stata, tuttavia, in gran parte rivisitata dalla dottrina successiva, che ha sottolineato, in varie e differenti ricostruzioni, come spazi di scelta riservati all'Amministrazione possano rinvenirsi anche nell'ambito della fattispecie astratta, e che, per un certo verso, essi non necessariamente sussistano in tutti i casi in cui vi sia indeterminatezza nelle conseguenze giuridiche. Per una ricostruzione si vedano D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, p. 12 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, p. 199 ss.; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, p. 423 ss.; nonché, se si vuole, quanto detto in A. CARBONE, *L'azione di adempimento*, cit., p. 98 ss. La distinzione fra incompletezza della fattispecie astratta e incompletezza delle conseguenze giuridiche è richiamata anche da G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, p. 124 ss.

intesa come ponderazione di interessi, e si distingue dalla c.d. discrezionalità tecnica, che si avrebbe nel caso in cui un elemento della fattispecie faccia riferimento ad un fatto complesso accertabile attraverso conoscenze specialistiche e tendenzialmente caratterizzato per un margine di opinabilità. I due modelli riportati si intersecano tra loro su piani differenti: la discrezionalità amministrativa può essere infatti riferita non solo al momento dispositivo ma anche a quello conoscitivo; la discrezionalità tecnica concerne (una parte del)la discrezionalità nel momento conoscitivo, ma non necessariamente corrisponde ad essa, ben potendo attenersi anche al momento dispositivo¹⁷⁸.

A fronte della distinzione tra discrezionalità nel momento conoscitivo e discrezionalità nel momento dispositivo, si è evidenziato come la presenza di un elemento teleologico nella normativa che disciplina la situazione giuridica di potere¹⁷⁹ renda necessario fare riferimento ad un profilo di discrezionalità an-

¹⁷⁸ In questo senso, nel rapportare espressamente i due modelli, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., p. 426 ss., che sottolinea come anche nel momento conoscitivo si possa far riferimento ad una ponderazione di interessi (si pensi ad es. alla “nuova valutazione dell’interesse pubblico originario” di cui all’art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990). Quanto all’attività tecnica, essa copre tutta l’attività conoscitiva amministrativa se alla tecnica si ascrivono anche la scienza giuridica, la scienza amministrativa, la scienza politica, ecc.; ma giuridicamente queste non vengono qualificate come tecnica, se si intende questa sotto un profilo non solo oggettivo, ma soggettivo, come “l’esercizio di quelle competenze (in quanto sapere soggettivamente specialistico) [che] sfugge alla critica dell’opinione pubblica”: C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, p. 197 ss., cit. p. 205. La scelta tecnica può, poi, intervenire anche sul momento dispositivo, quale modalità per scegliere il modo di comportamento più adeguato rispetto al risultato pratico da raggiungere: cfr. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 390-391; F. CAMMEO, *Commentario leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d. ma 1911, p. 130.

¹⁷⁹ Si afferma in proposito che la norma attributiva del potere amministrativo può essere considerata (sempre, o in taluni casi, a seconda delle differenti rappresentazioni) una norma di fine, non una norma di azione, in cui cioè la prescrizione è diretta non tanto sul comportamento da tenere, quanto piuttosto sullo scopo da perseguire, seguendosi in questo senso la distinzione proposta da M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L’abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004 (op. orig. 2000), p. 14 ss.; M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni sull’argomentazione*, Napoli, 2019 (op. orig. 2006), p. 168 ss.: cfr., con differenti sfumature, in particolare F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., pp. 48 ss. e 433 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., pp. 109 e 403 ss. Da parte nostra, come si specificherà *infra*, si ritiene che ogni potere sia volto ad attuare un valore, cosicché la differente struttura delle norme rappresenterebbe più una differenza quantitativa in ordine alla sua specificazione, che non una differenza qualitativa. Ciò che può mutare, invece, è il rilievo giuridico che al profilo teleologico attribuisce l’ordinamento, in ragione della considerazione che esso assume nell’ambito della funzione in senso strutturale, quale processo formativo della decisione.

che in relazione allo stesso momento teleologico, laddove sia lasciato all'autorità decidente un margine di scelta circa la determinazione dell'interesse da perseguire in concreto¹⁸⁰. La decisione amministrativa, in ragione appunto del rilievo che il potere assume sotto il profilo teleologico, può allora essere caratterizzata da discrezionalità nel momento conoscitivo, da discrezionalità nel momento dispositivo e da discrezionalità nel momento teleologico.

Partendo da tale rappresentazione, è possibile, a nostro avviso, addivenire ad una ricostruzione che si articoli nei termini seguenti, e in essa inquadrare la struttura del modello decisorio proprio dell'azione amministrativa.

Si consideri, in proposito, come il momento dispositivo si colleghi alla situazione effettuale da porre in essere, e, quindi, come tale, ponga in correlazione il momento qualificatorio con quello effettuale della situazione di potere da esercitare, o di più situazioni di potere da esercitare in alternativa tra loro. A sua volta, il momento teleologico rappresenta un profilo che non si contrappone a quello conoscitivo e a quello dispositivo, ma, al contrario, ad essi si relaziona nell'ambito della fattispecie normativa propria della situazione giuridica di potere/delle situazioni giuridiche di potere che risultano in correlazione tra loro. Da ciò consegue che, laddove non sia ravvisabile discrezionalità nel momento conoscitivo e/o dispositivo (giacché oggetto di individuazione in maniera univoca), allora neppure potrebbe esservi discrezionalità sotto il profilo teleologico.

Si vuole dire, in altri termini, che il margine di scelta in ordine al profilo teleologico risponde alla necessità di una concreta determinazione di quest'ultimo, che non può che derivare da un certo grado di indeterminatezza e non univocità che caratterizza il riferimento ai presupposti e/o la loro correlazione con la produzione degli effetti della/e situazione/i giuridica/he di potere. La discrezionalità teleologica attiene, infatti, ad un margine di scelta in ordine alla definizione, in concreto, del fine per il quale si deve o non si deve provvedere; questo

¹⁸⁰ In questo senso, ancora, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., p. 432 ss.

si determina attraverso il bilanciamento degli interessi coinvolti nella vicenda amministrativa; tali interessi risultano dalla valutazione dei fatti, i quali, in quanto non specificamente definiti a livello normativo, sono assunti come rilevanti, nell'ambito del processo decisorio, per la loro relazione con l'interesse pubblico astratto; la considerazione degli interessi, a sua volta, avviene (non può che avvenire) in ordine al loro rapporto con la produzione di una determinata situazione effettuale o delle differenti situazioni effettuali previste dalla normativa di riferimento. Siamo, in questo senso, all'interno del processo di determinazione dell'interesse pubblico concreto. Ora, se si fa riferimento ad una siffatta ricostruzione, si deve parimenti convenire che, nel momento in cui la definizione degli elementi conoscitivi e dispositivi non lascia alcun margine di scelta all'autorità decidente, la decisione sull'assetto degli interessi, in ordine alla produzione di un determinato effetto, risulta già risolta a livello normativo.

La presenza di discrezionalità nel momento teleologico viene quindi in considerazione in quei casi in cui si ravvisi l'impossibilità di fare riferimento ad un criterio di preferenza tra interessi compiutamente definito dalla norma, in ragione della non univocità dei presupposti e delle conseguenze normativamente considerate. In tali ipotesi, l'indeterminatezza normativa necessita, appunto, della individuazione e determinazione di un criterio di preferenza in ordine agli interessi coinvolti, che consenta di pervenire, nel rapportare il fatto concreto al criterio elaborato, ad una soluzione compiutamente definita, corrispondente alla necessità o meno della produzione di una determinata situazione effettuale, sia questa l'unica ipoteticamente stabilita dalla norma, sia che anch'essa sia lasciata ad una precisa definizione all'interno del processo decisorio, nell'ambito di alternative più o meno compiutamente individuate dalla norma stessa.

Tale criterio di preferenza corrisponde a quella che può definirsi come regola di decisione del caso concreto. Nei termini riferiti, la sua elaborazione prende le mosse dalla valutazione della realtà fattuale che si esplica nello svolgimento della funzione, considerata alla luce del rilievo teleologico desumibile

normativamente (interesse pubblico astratto) e degli altri principi generali (imparzialità, ragionevolezza, ecc.) e regole specifiche che governano l'azione amministrativa. Il bilanciamento e ponderazione degli interessi in gioco, a cui per tale via si perviene, corrisponde ad un criterio di preferenza dell'assetto di interessi (l'interesse pubblico concreto).

La definizione del criterio di preferenza, va evidenziato, non può essere disgiunto dall'apprezzamento dei presupposti e dalla considerazione della/e misura/e da adottare in relazione al suo perseguimento: al contrario, la concretezza che caratterizza tale bilanciamento si esprime attraverso il collegamento di tali entità, per cui il criterio di preferenza si traduce in una regola di azione per il caso concreto.

In altri termini, la regola, che fa riferimento alla concretizzazione dell'interesse pubblico, non può esprimere un criterio di preferenza che non tenga conto anche delle misure da porre in essere. Il criterio di preferenza, la cui elaborazione corrisponde appunto alla concretizzazione dell'interesse, produce quindi una regola, la norma del caso concreto, che mette necessariamente in comunicazione tutti gli elementi a cui fa/nno riferimento la/e situazione/i di potere, quello, cioè, riferibile ai presupposti della fattispecie, quello teleologico e quello concernente la/e situazione/i effettuale/i. La scelta in ordine all'assetto di interessi, non definito a livello normativo, collega quindi fattispecie e conseguenze, rispetto alle quali si rinviene un margine di indeterminatezza (lo si deve necessariamente rinvenire, come detto, perché vi sia discrezionalità anche sotto il profilo teleologico, e quindi un assetto di interessi non compiutamente definito), e crea una regola idonea a risolvere il concreto problema amministrativo¹⁸¹.

¹⁸¹ Ponendoci in quest'ottica, non può accettarsi l'autorevole prospettazione di F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 301 ss. (riportata *supra*, par. 8.2, in nota), per cui l'elaborazione dell'interesse pubblico concreto sarebbe l'esito di un giudizio storico, rispetto al quale si pone poi il momento decisionale dell'Amministrazione. Cfr. in questo senso le obiezioni che a F. Levi muove A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., p. 287, per cui "se (...) si riferisce l'"accertamento" dell'interesse pubblico concreto, come secondo noi imprescindibilmente si deve, non solo all'individuazione dell'istanza maggiormente meritevole di tutela da parte del potere pubblico, ma altresì al temperamento tra la stessa ed altri interessi pur

In questo senso, la regola in esame consiste quindi, secondo quanto detto, nel porre un vincolo deontico tra una determinata qualificazione dei presupposti e una determinata situazione effettuale ipoteticamente stabilita (e quindi, ad una determinata situazione giuridica di potere), ovvero tra differenti qualificazioni dei presupposti e una pluralità di situazioni effettuali (e quindi, ad una pluralità di situazioni giuridiche di potere) in relazione tra loro quali ipoteti-

degni d'attenzione, è evidente come la relativa valutazione non possa non includere le misure adottate a protezione dell'interesse concreto così definito".

Non può quindi neppure condividersi quell'impostazione, che si ritrova in N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità*, cit., spec. pp. 111 ss., 120-121, 130 ss., 142 ss. che, espressamente riprendendo in questo senso le premesse già affermate da F. LEVI, *op. loc. ult. cit.*, separa la concretizzazione dell'interesse dal momento dispositivo, per riferire la prima ad un fenomeno di accertamento e il secondo alla scelta discrezionale. Secondo Paolantonio, la concretizzazione dell'interesse pubblico costituirebbe, infatti, l'esito di un'attività di accertamento; rispetto ad essa deve distinguersi l'individuazione della soluzione concreta maggiormente idonea alla massimizzazione di quell'interesse, espressione di una scelta discrezionale, che sussiste ogniqualvolta un margine di discrezionalità sia in tal senso riconosciuto in capo all'Amministrazione. Ora, rispetto a tale costruzione, va evidenziato che, in essa, l'interesse pubblico concreto non contiene (non può contenere) in sé anche un effettivo criterio di temperamento degli interessi in gioco, che quindi andrebbe a ricadere nel momento decisivo discrezionale: se la concretizzazione dell'interesse ricomprendesse anche la ponderazione degli interessi, infatti, essa non potrebbe che esprimere la scelta di un criterio di preferenza tra gli stessi in ordine ad una determinata situazione effettuale da porre in essere (o, il che è lo stesso, a più situazioni effettuali da porre in essere in rapporto tra loro), risultando, i due elementi, strettamente collegati sul piano concreto. Deve quindi distinguersi, in caso di discrezionalità nel momento teleologico, il criterio di preferenza in ordine alla situazione effettuale astrattamente considerato, e l'accertamento dei fatti che, secondo la logica oscillatoria propria del processo decisivo, ha portato all'elaborazione di quel criterio e quindi alla decisione.

Del pari non si può convenire con le altre dottrine che riconducono il processo di elaborazione dell'interesse pubblico concreto ad un'attività conoscitiva, tenendolo separato dalla definizione del criterio decisivo: cfr. A. ROMEO, *L'impugnabilità*, cit., p. 331 ss., pp. 340-341; M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 159 ss. In particolare, secondo quest'ultimo A. (p. 152 ss.) l'interesse pubblico astratto, espresso dalla norma, sarebbe il criterio guida di ordine teleologico nella ricerca dei fatti rilevanti per la determinazione del problema amministrativo. Una volta che quest'ultimo è stato individuato, verrebbe in gioco un nuovo giudizio di rilevanza, avente ad oggetto non più i singoli fatti (fatti parziali), ma il problema nella sua interezza, e finalizzato a decidere se in esso ricorre o meno l'esigenza di attuazione del valore in cura all'Amministrazione: questo secondo giudizio di rilevanza sarebbe anch'esso condizionato dal valore da attuare, che però è ora rappresentato dall'interesse pubblico concreto, cioè la specificazione del valore da attuare quale determinato dai fatti oggetto di selezione. Logicamente separata (p. 161 ss.) risulta la fase in cui si identifica la soluzione da dare al problema ritenuto rilevante, la quale consiste nella determinazione dell'effetto giuridico (giudizio di efficacia). Ora, rispetto a tale impostazione, si deve ripetere quanto sopra detto, che la determinazione dell'interesse pubblico concreto non rappresenta un'attività che si possa tenere separata dal momento relativo alla definizione del criterio di scelta in ordine alla situazione effettuale: esprimendo una sintesi degli interessi ricavati dalla realtà fattuale, l'interesse pubblico concreto non può che contenere in sé un

camente previste, in maniera più o meno definita dalla norma, per la possibile soluzione di un medesimo problema amministrativo.

La regola posta attraverso un bilanciamento degli interessi che risulti validamente composto non è, come è ovvio, l'unica normativamente possibile (non vi è, cioè, un'unica alternativa che la normativa di riferimento consideri valida); o, per lo meno, non lo è necessariamente (è tale laddove il margine di scelta conferito dalla norma risulti assente nel caso concreto). Essa è, invece, una delle alternative che la normativa sul potere considera accettabili in relazione al rilievo teleologico e alle altre regole e principi che governano l'esercizio di quella/e determinata/e situazione/i giuridica/he di potere.

Ora, se si accoglie il ragionamento sin qui descritto, e lo si rapporta alla struttura del modello decisorio, deve concludersi nel senso che la determinazione di un siffatto criterio di preferenza non può risultare riconducibile ad un fenomeno di qualificazione normativa.

L'individuazione della regola presuppone, infatti, una scelta che non consiste nell'inclusione della realtà fattuale in una classe prevista dalla fattispecie astratta, giacché i due elementi di corrispondenza, la classe a cui si fa riferimento e la relazione di preferenza, non si presentano come omogenei¹⁸². Non può, cioè, rapportarsi la regola di preferenza di cui si discorre, che come detto si viene a definire nel collegamento del momento teleologico con quello conoscitivo e con quello effettuale, alla considerazione che viene data, in via normativa, all'interesse pubblico astratto e alle differenti opzioni dispositive dalla stessa normativa contemplate.

Farlo significherebbe negare lo stesso fenomeno della concretizzazione dell'interesse pubblico come bilanciamento degli interessi che avviene all'interno del processo decisorio; significherebbe, in altri termini, fare riferimento direttamente all'interesse astratto quale contenente, in sé, la regola di decisione

criterio di preferenza che si rapporti alle possibili situazioni effettuali da porre in essere.

¹⁸²Condivisibilmente, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato*, cit., p. 524 ss.

nel caso concreto¹⁸³. L'elaborazione di quest'ultima deriva, invece, dal risultato di una preferenza accordata in ordine al rapporto fra gli interessi ricavati dai fatti oggetto di selezione nell'ambito di svolgimento della funzione, in ragione del rilievo ad essi attribuito alla luce dell'interesse pubblico astratto desumibile dal relativo dato normativo; consiste quindi nella scelta di un criterio di preferenza, non contenuto nell'interesse pubblico astratto.

In definitiva, la regola decisoria si esprime, lo si ripete ancora una volta, in un criterio di preferenza degli interessi che, a fronte di determinati presupposti, comporta la necessità di porre in essere una determinata situazione effettuale. L'elaborazione di tale regola, cioè della norma del caso concreto, è l'esito di un'attività di scelta, in cui si concreta l'esercizio della discrezionalità che avviene nell'ambito della funzione. La regola elaborata viene così ad integrare la fattispecie normativa della situazione giuridica di potere, permettendo alla realtà fattuale di rapportarsi ad un assetto di interessi definito¹⁸⁴.

9.1 Relatività del criterio proposto. Il potere è sempre funzionale al perseguimento di un valore. La presenza di discrezionalità teleologica non dipende da una scelta meramente tecnica rinvenibile nel dato normativo, ma dalla scelta dell'ordinamento in ordine alla partecipazione del soggetto nella determinazione del valore

¹⁸³ Il che del resto è negato anche da N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 135, il quale, come visto, pure considera la concretizzazione dell'interesse un'attività di accertamento: la non riconducibilità a quest'ultima anche della regola di decisione del caso concreto è resa possibile dalla separazione del momento di comparazione degli interessi da quello decisivo-dispositivo (cfr. subito *supra*, in nota); separazione che, tuttavia, come detto, non può considerarsi condivisibile.

¹⁸⁴ Sul punto si veda anche, nei suoi termini generali, e nella differente declinazione che caratterizza la relativa ricostruzione, A. PIRAS, *Interesse legittimo*, II, cit., p. 289 ss., ed ivi nn. 72-73, p. 312 ss., p. 397 ss., ed ivi nn. 54, 57 e 58, p. 410 ss., p. 429 ss. ed ivi n. 83; ID., *Discrezionalità amministrativa*, cit., in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 77 ss., il quale afferma che il fenomeno della discrezionalità si viene a collocare nel momento dell'attività, intermedio tra il potere e l'atto, appunto la funzione, nel quale avviene la scelta di avvalersi o meno dell'effetto che l'ordinamento ha posto nella disponibilità del titolare del potere: la discrezionalità si risolverebbe allora (ID., *Interesse legittimo*, II, cit., p. 409, n. 58; ID., *Discrezionalità*, cit., p. 85 ss.) nella formulazione di una regola per l'agire destinata a fungere da elemento di eterointegrazione dello schema legislativo del rapporto; integrazione necessaria nella ricostruzione di tale illustre A., come pure si è detto, perché in tal modo può configurarsi una situazione giuridica soggettiva di potere in senso proprio. Sull'obiezione, in particolare, di F. Levi a quest'impostazione, *infra*, n. 191; sulla sua superabilità, par. 9.3.

La presenza di discrezionalità nel momento teleologico richiede dunque la definizione di un criterio di preferenza, quale regola di decisione nel caso concreto, espressione del valore teleologico ricavabile dalla normativa che predispose la situazione giuridica di potere, che esula dal contesto qualificatorio e che caratterizza il modello decisorio proprio del potere amministrativo, laddove sussista appunto discrezionalità teleologica.

Ora, una volta pervenuti ad una siffatta conclusione, deve essere evidenziato che, nel momento in cui si fa riferimento ad un particolare ruolo attribuito al rilievo teleologico proprio di una situazione di potere, si deve anche considerare come, nell'ambito dell'ordinamento giuridico, *qualsiasi* potere sia funzionale al perseguimento di un valore, che deve avvenire attraverso la produzione della corrispondente situazione effettuale.

Il valore, in particolare, può essere definito attraverso la previsione esplicita di un fine da perseguire, o può implicitamente ricavarsi dalle regole puntali o dalle clausole generali che il potere disciplinano; ma esso è comunque presente. L'esercizio del potere si colloca, in questo senso, nella promanazione del contenuto assiologico posto a fondamento dell'ordinamento, che si esplica così nella dinamica giuridica pervadendo la dimensione normativa.

La presenza, sotto il profilo teleologico, di un margine di discrezionalità, implica che chi esercita il potere contribuisca non solo all'attuazione, ma anche alla definizione del valore. Il margine di discrezionalità, lo si è visto, si esprime attraverso la determinazione del criterio di preferenza in ordine alla produzione di un effetto. Se infatti tale margine mancasse, come pure si è detto, l'assetto di interessi da attuare troverebbe espressione direttamente nel dato normativo, senza che sia necessaria l'elaborazione di una regola del caso concreto che colleghi il momento teleologico a quello dei presupposti e delle conseguenze.

In questa prospettiva, una specificazione è necessaria in ordine a quanto poco sopra affermato in merito al rapporto tra apprezzamento dei presupposti e determinazione della misura da adottare, da un lato, e profilo teleologico del

potere, dall'altro. Si è detto, infatti, che tali aspetti sono intimamente collegati, nel senso che, mancando qualsiasi margine di scelta in ordine al momento conoscitivo o dispositivo, non potrebbe ravvisarsi discrezionalità nel momento teleologico.

La correlazione dei differenti profili in ordine alla definizione di un criterio di preferenza potrebbe, tuttavia, non essere condivisa da chi considera che, con riferimento alla valutazione dei fatti rilevanti e delle misure da adottare, non sempre la non univocità dell'elemento preso in considerazione dal dato normativo corrisponde ad un legame tra presupposti e bilanciamento degli interessi (si pensi, in proposito, all'ipotesi classica del fatto tecnicamente complesso il cui accertamento porti a risultati opinabili).

Si entra, in tal modo, direttamente all'interno della problematica inerente alla c.d. discrezionalità tecnica. Da un punto di vista logico, ai rilievi appena sollevati si può dare risposta nei termini che seguono.

Indubbiamente, se l'insussistenza di margini di discrezionalità sotto un profilo conoscitivo o dispositivo comporta la mancanza di discrezionalità nel momento teleologico, può non essere vero il contrario; nel senso che, in presenza di discrezionalità conoscitiva o dispositiva, questa può non essere ricollegata al profilo attinente alla determinazione dell'interesse da perseguire, per cui, appunto, non sussisterebbe discrezionalità teleologica.

Nell'ipotesi in cui si ritenga di dover concludere in tal senso, non verrebbe in rilievo un criterio di preferenza in ordine agli interessi coinvolti che colleghi il momento della qualificazione dei presupposti a quello della produzione della situazione effettuale. Si dovrebbe invece ritenere, al contrario, che i profili di scelta in ordine ai presupposti rimangano *interni* al processo di qualificazione normativa, nel loro rapportarsi alla/e misura/e da porre in essere (alla/e corrispondente/i situazione/i giuridica/he di potere), rispetto alla/e quale/i un eventuale margine di scelta verrebbe a corrispondere, in definitiva, all'attitudine tecnica (e al suo possibile grado) della/e misura/e stessa/e allo scopo già deter-

minato, la quale si porrebbe in dipendenza con la determinazione, in concreto, dei presupposti stessi.

Si arriva così al punto nodale della questione concernente la qualificazione di un determinato ambito di scelta, nel senso che la sua definizione non attinge ad un mero profilo di tecnica giuridica, ma si pone in relazione alla rappresentazione che di esso viene effettuata da parte dell'ordinamento.

La scelta del collegamento o meno del margine di scelta al profilo teleologico dipende, infatti, dal rilievo che ad esso si conferisce nella relativa normativa. Ciò, a sua volta, deriva da una scelta di valore compiuta dall'ordinamento. In sé, infatti, un risultato opinabile raggiunto attraverso l'utilizzo di parametri propri di una scienza tecnica può essere ricondotto ad un criterio di preferenza orientato sotto un profilo teleologico (anche, cioè, interno alla stessa disciplina tecnica); così come, all'inverso, la stessa ponderazione di interessi può essere, in sé, valutabile sotto un profilo tecnico (attraverso le scienze dell'amministrazione, politiche, ecc.)¹⁸⁵. La scelta di valore consiste allora nel ritenere rapportabili i margini di scelta riferibili alla situazione di potere alla discrezionalità di ordine teleologico; nel ritenere, cioè, che l'autorità decidente, nel porre in essere la scelta, non si limiti ad attuare il valore definito dall'ordinamento, ma concorra essa stessa alla determinazione del valore da attuare.

¹⁸⁵ Si è in generale sottolineato come qualsiasi attività amministrativa si risolve in un'attività di tipo tecnico, salvo far assumere a quest'ultima un significato, sotto un profilo della rilevanza giuridica, più ristretto: C. MARZUOLI, *Potere amministrativo*, cit., p. 197 ss. È peraltro rilievo comunemente diffuso quello per cui si sta da tempo assistendo ad una sempre maggiore 'tecnicizzazione' dell'attività amministrativa, sia nel senso della sottoposizione dell'attività discrezionale ai criteri propri delle scienze tecniche, sia in ragione del fatto che la P.A. si occupa sempre più di settori governati da regole tecniche: in ordine a tale fenomeno, tra gli altri, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, p. 116 ss., p. 120; M.S. GIANNINI, *Discrezionalità amministrativa e pluralismo* Intervista a M.S. Giannini, a cura di M. D'ALBERTI, *Quad. pluralismo*, 1984, ora in *Scritti*, VIII, Milano, 2006, p. 126; M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1985, ora in *Scritti*, III, cit., p. 1824 ss.; D. SORACE, *Promemoria*, cit., p. 763; E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata, interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2015, p. 441; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 685 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative*, cit., p. 270 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005, *passim*, spec. p. 104 ss.

In che modo il rilievo che assume il profilo teleologico possa essere ricavato dal dato normativo, a seconda delle differenti ipotesi che vengono in questione, non è una problematica che deve essere affrontata nel presente studio; certamente, esso può derivare da molteplici e differenti ordini di fattori, che vanno dalla considerazione dei principi generali dell'ordinamento a quella delle tecniche utilizzate per la redazione delle norme. In questa sede, ciò che preme piuttosto rilevare è che rapportare alla scelta in ordine al profilo teleologico la discrezionalità conoscitiva o quella dispositiva, e quindi ritenere presente un margine di discrezionalità anche sotto il profilo teleologico, significa far assumere autonoma rilevanza al criterio di preferenza, quale teleologicamente orientato; mentre, ritenere il contrario, comporta l'esclusione di tale autonoma rilevanza.

Il punto ha particolare rilievo in ordine alla sostituibilità della scelta, in quanto, nel momento in cui non si riconosce rilevanza alla determinazione del criterio di preferenza di ordine teleologico, neppure si ritiene esservi una partecipazione del soggetto alla definizione del valore da attuare. Il margine di indeterminatezza, sotto il profilo sostanziale, potrebbe allora essere colmato da chiunque debba procedere, in via qualificata, all'operazione interpretativa, in ragione di quanto si è sin qui rappresentato.

In particolare, nell'ambito del diritto amministrativo, laddove si ritenga assente un margine di discrezionalità nel momento teleologico, sul piano giurisdizionale non potrebbe non ammettersi un sindacato completamente sostitutorio sull'accertamento, anche tecnicamente complesso, compiuto dall'Amministrazione. Va evidenziato, infatti, come nessuna limitazione, di ordine *processuale*, possa ravvisarsi in relazione all'accertamento compiuto dal giudice amministrativo sulla situazione giuridica, dovendo, altrimenti, ammettersi che quest'ultima non riceva piena ed effettiva tutela davanti al giudice amministrativa. La sostituzione giurisdizionale si arresta solo per ragioni di ordine sostanziale, riferibili alla consistenza della situazione giuridica dedotta in giudizio, i quali a loro volta

derivano dal riconoscimento di un contributo valoriale che l'Amministrazione conferisce all'ordinamento¹⁸⁶. In tali ipotesi, come pure si è già avuto modo di spiegare, il rispetto del margine di scelta discrezionale risulta assicurato dall'utilizzo, in ordine ad esso, di un sindacato non direttamente sostitutorio, bensì confutatorio, volto, cioè, alla verifica del rispetto, da parte della P.A., di specifiche previsioni normative o di principi di ordine generale dell'azione amministrativa, senza tuttavia la possibilità di intervento sui margini di opinabilità di una scelta che superi indenne la confutazione¹⁸⁷.

9.2 La rilevanza dell'elaborazione del criterio di preferenza per l'ordinamento. La rilevanza soltanto indiretta attraverso le clausole generali. La rilevanza diretta attraverso la predisposizione di un modello

¹⁸⁶ In questo modo, è a nostro avviso possibile anche rapportarsi alle varie impostazioni che, sotto diversi profili, hanno ritenuto sussistente un ambito in qualche senso riservato di valutazione nella scelta di carattere tecnico compiuto dall'Amministrazione. Ciò che conta, a nostro avviso, è la scelta compiuta dall'ordinamento, nel senso che se si ritiene che il criterio utilizzato, anche interno alla stessa disciplina tecnica, derivi da una preferenza in ordine ai valori sottesi alle differenti scelte possibili, che l'ordinamento reputi rilevanti nel senso già visto (nel senso, cioè, di farli partecipare alla determinazione dell'assetto di interessi che si assume non compiutamente definito a livello normativo), allora si potrà affermare che il giudice debba arrestarsi ad un sindacato che, pur essendo pieno e intrinseco, non risulti compiutamente sostitutivo della scelta opinabile. Ciò che cambia, come è evidente, non è la logica con cui si esprime la scelta, ma il rilievo assiologico conferitogli dall'ordinamento.

In questo senso, possono inoltre spiegarsi anche le differenti impostazioni in ordine alla natura di attività di carattere tecnico particolarmente complesso, come quelle proprie delle Autorità amministrative indipendenti. Così, è noto l'ampio dibattito in dottrina in relazione alla natura del potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per cui vi è chi ritiene che esso non sarebbe caratterizzato da profili di discrezionalità amministrativa (cfr. in particolare F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 181 ss.; F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, *ivi*, 2008, p. 257 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 94 ss., ma già ID., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 87 ss.; C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 42; L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, *ivi*, p. 55 ss.), a cui si contrappone l'impostazione di chi invece vi ravvisa una discrezionalità in senso proprio (tra gli altri A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, pp. 127 ss. e 245 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, p. 240 ss.), secondo quanto ora affermato anche da Corte cost., n. 13 del 31 gennaio 2019. È evidente, infatti, che l'oscillazione nell'uno o nell'altro senso dipende dalla risposta che si dà in ordine alla rilevanza del valore espresso dal profilo tecnico su quello teleologico. Per una più ampia ricostruzione, si veda *Poteri e situazioni soggettive*, I, p. 432 ss., n. 110, ed *ivi* i relativi riferimenti.

¹⁸⁷ Sulle tipologie di sindacato indicate, si veda F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., p. 446 ss.

procedurale di accertamento. La struttura della situazione giuridica dipende dal modello scelto dall'ordinamento

Le considerazioni sin qui effettuate trovano un preciso inquadramento in ordine al modello di produzione che si ritiene proprio dell'ordinamento giuridico, da cui è possibile prendere le mosse al fine di addivenire alla compiuta definizione del profilo strutturale della funzione amministrativa.

La concretizzazione dell'ordinamento, come detto, è sempre espressione dell'attuazione di un valore, che avviene attraverso la produzione della situazione effettuale a cui è funzionale la corrispondente situazione giuridica di potere. Il valore, a sua volta, promana dal nucleo assiologico idoneo a sorreggere l'ordinamento: in questo senso, l'esplicarsi di quest'ultimo porta con sé, nell'intrinseca essenza della propria giuridicità, il suo fondamento valoriale, che pervade così l'intera dimensione normativa.

L'ordinamento non conosce, in questa prospettiva, un'interruzione di giuridicità nella sua attuazione; anche la partecipazione alla definizione del valore da attuare, quando ammessa in ragione della presenza di un elemento teleologico non compiutamente determinato, si muove nell'ambito del quadro giuridico di riferimento, e del correlato contesto assiologico.

Tuttavia, all'interno dello stesso ordinamento, è possibile riscontrare differenti modelli strutturali attraverso cui la sua attuazione avviene.

Si deve in proposito considerare che, nell'ambito della dinamica giuridica, il ruolo degli operatori si esprime attraverso varie modalità: nel valutare la rilevanza di un determinato complesso di fatti in relazione ad un valore che deve trovare attuazione; nell'attuare un determinato valore, ponendo in essere un determinato effetto; nel partecipare alla determinazione del valore da attuare, che a sua volta si inserisce all'interno della generale dimensione assiologica dell'ordinamento.

Il modello strutturale attraverso cui ciò avviene dipende essenzialmente dalla rilevanza giuridica che viene assegnata al momento di esplicazione dell'attività corrispondente. Si è già considerato, in proposito, come un'attività

di accertamento possa essere sempre compiuta dagli operatori, ma essa non necessariamente risulti rilevante sotto il profilo giuridico.

In particolare, ciò ci interessa ora per quanto concerne la definizione del profilo teleologico. Si è detto che un siffatto profilo è sempre presente: nello specifico, la norma può espressamente prendere in considerazione il fine da perseguire per la valutazione di validità dell'esercizio del potere, in senso positivo o negativo (si deve/non si deve perseguire un determinato fine), oppure, detto fine può rilevare indirettamente dal rispetto delle clausole generali e delle regole puntuali stabilite per il suo esercizio. La presenza di un margine di scelta, afferente a tale profilo, comporta la partecipazione del soggetto alla determinazione del valore da attuare, e si sostanzia nell'elaborazione di un criterio di preferenza che porta ad una regola concreta di azione, come detto. In questo senso, se il potere non è vincolato, esso porta sempre con sé la necessità di specificazione del profilo teleologico di cui è partecipe.

Ciò, tuttavia, non significa che la determinazione del fine da perseguire sia in ogni caso direttamente rilevante, e che si debba quindi accedere necessariamente ad un'ottica di funzionalizzazione, intesa nel senso precedentemente descritto. In altri termini, perché l'elaborazione del criterio di preferenza possa assumere rilievo *in via autonoma e diretta*, possa, cioè, rilevare in quanto tale in sé e per sé, non è sufficiente che l'ordinamento riconosca la giuridica rilevanza del margine di scelta sotto il profilo teleologico, nel senso già chiarito. È altresì necessario che vi sia una specifica considerazione del processo formativo della decisione. L'elaborazione di un criterio di preferenza su base teleologica, che ricolleggi la qualificazione effettuata dalla norma al momento dispositivo del potere, richiede quindi, per assumere autonomo rilievo giuridico nel senso anzidetto, che la stessa attività decisoria, in cui detto criterio si viene ad inserire, risulti connotata dalla giuridica rilevanza dei suoi specifici caratteri strutturali. Quali siano tali caratteri lo si è già iniziato ad accennare, e lo si dovrà vedere più approfonditamente, ma essi possono essere riassunti nella formula, pur di

ordine prettamente generale, della sostanza processuale che caratterizza il farsi della decisione.

Se non vi è, in questo senso, una decisione, se questa, cioè, non rileva giuridicamente come tale, neppure vi sono spazi per dare rilevanza, in via diretta, alla determinazione di un criterio di preferenza che ad essa risulti sotteso. In questa prospettiva, la compiuta definizione del profilo teleologico da parte dell'operatore, l'assunzione, quindi, di un criterio di preferenza, può assumere un rilievo soltanto esterno, estraneo alla funzionalizzazione, nel senso che la determinazione della regola dell'agire attiene ad un profilo di autonomia o libertà di scelta, e il rilievo ad essa attribuito è solo quello, indiretto, che deriva (esplicitamente) dalla norma che pone un vincolo sul fine o (implicitamente) da quelle che comunque hanno ad oggetto clausole generali.

È questa appunto la rappresentazione che è stata data da chi, estromettendo il perseguimento del fine dall'ottica della funzionalizzazione, ha fornito una ricostruzione del potere amministrativo corrispondente ad una siffatta declinazione strutturale¹⁸⁸. Dovrebbe essere chiara, a questo punto, l'obiezione da noi precedentemente sollevata a tale indirizzo dottrinale: concependosi in questo modo il potere amministrativo, si svaluta il rilievo strutturale che ad esso viene invece attribuito dall'ordinamento, in uno con la declinazione del profilo teleologico che all'interno del relativo modello troverebbe riscontro.

La caratterizzazione del modello di produzione deriva, dunque, dalla rilevanza giuridica che viene conferita all'attività in cui si esplica la dimensione dinamica dell'ordinamento.

In reazione ad un potere di carattere vincolato, la valutazione della sussistenza di un fatto, e la sua rilevanza sotto il profilo del diritto, al fine di porre in

¹⁸⁸ Si fa riferimento all'impostazione della Scuola fiorentina, e, in particolare, alla ricostruzione di C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., di cui si è detto *supra*, par. 3. In quest'ottica – che è quella che deve seguirsi nell'ipotesi in cui la sostanza del processo decisorio non assuma rilievo giuridico nel senso anzidetto, secondo quanto si andrà a specificare nel proseguo della trattazione – il profilo teleologico assume quindi valore in relazione alla non sussumibilità dell'interesse concreto perseguito all'interno della categoria dell'interesse pubblico astratto (come, cioè, sviamento di potere in senso stretto), ovvero come violazione di clausole generali o regole specifiche che governano l'esercizio del potere.

essere l'atto che consente la produzione di un determinato effetto, corrisponde alla verifica della sussistenza degli elementi della fattispecie normativa di una situazione giuridica di potere, e, come tale, è riconducibile ad un'attività di accertamento. Se l'ordinamento riconosce ad essa una specifica rilevanza giuridica, tale che l'attività possa articolarsi in una forma procedurale, si sarà al cospetto di un modello procedurale di accertamento.

Nel momento in cui, invece, si assume ricorrere un margine di discrezionalità sotto il profilo teleologico, allora l'attività ad essa collegata, l'elaborazione, cioè, della regola corrispondente al criterio di preferenza in ordine alla produzione o meno di una situazione effettuale (o di una situazione effettuale al posto di un'altra), si pone al di fuori dell'ambito dell'accertamento. La rilevanza giuridica, eventualmente riconosciuta al corrispondente ambito di attività, dovrebbe quindi seguire un modello diverso da quello di accertamento.

Tuttavia, ed è questa la rappresentazione che si vuole sostenere, la previsione di un modello di accertamento, all'interno del quale si viene a collocare l'esplicazione della situazione giuridica di potere, è idonea ad ascrivere al modello stesso anche l'attività, differente, che caratterizza la scelta in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza.

Con ciò, si badi bene, non si vuole dire che l'inserimento di tale elaborazione nel modello di accertamento possa portare ad un modello decisorio in cui sia strutturalmente distinguibile una fase di accertamento in ordine ad una regola già posta.

In effetti, dalla rappresentazione effettuata in ordine alla determinazione della regola del caso concreto, potrebbe ritenersi ravvisabile una possibile distinzione tra il momento di definizione di un preciso criterio di preferenza che rapporti la ponderazione degli interessi con la determinazione corrispondente alla situazione effettuale da porre in essere, da un lato, e quello di valutazione in ordine ai fatti in ordine ai quali viene azionata la norma nel caso concreto in tal modo individuata, dall'altro; potrebbe, cioè, considerarsi una fase di individua-

zione del criterio, che è posizione della regola di decisione, e una fase in cui, in relazione alla regola posta, si valuta il problema amministrativo. In questo senso, quest'ultima fase concernerebbe la verifica della sussistenza degli elementi della situazione giuridica di potere in rapporto alla regola specifica, e, come tale, sarebbe riconducibile al fenomeno dell'accertamento, all'interno della struttura della funzione.

Invero, se si tiene a mente quanto detto più volte, che, cioè, la decisione risulta caratterizzata da un moto oscillatorio, il quale si contraddistingue per il continuo passaggio dal piano astratto al piano concreto, e dalla (corrispondente) continua ridefinizione dei termini del 'problema' da risolvere, appare chiaro come la rappresentazione appena riferita non risulti idonea a descrivere il processo decisionario nel suo farsi dinamico, nel momento in cui l'individuazione del criterio e il rapporto ad esso del fatto vengano distinte come due fasi materialmente e cronologicamente separate del processo stesso. Come visto, infatti, l'effettivo rilievo dell'interesse nel caso di specie, nell'ovvia considerazione che ogni interesse trova rappresentazione nel fatto, si individua in relazione alla realtà fattuale di riferimento (l'interesse pubblico concreto), cosicché la scelta, e il criterio di preferenza ad esso sotteso, si viene conseguentemente a determinare nel movimento oscillatorio che caratterizza il processo di decisione.

Va aggiunto peraltro che, nella prospettiva delineata, la necessità di fare riferimento ad un criterio di preferenza idoneo a risolvere in maniera univoca il problema rappresentatosi nel caso concreto non potrebbe essere soddisfatta, in qualsiasi caso si venga a porre, attraverso il ricorso alla predeterminazione amministrativa. Quest'ultima, infatti, esplicandosi come esternazione e graduale fissazione dei valori e dei parametri da assumere nella ponderazione degli interessi¹⁸⁹, non può che risentire anch'essa del modello di rapporto tra astratto e

¹⁸⁹ In questo senso cfr. A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., *passim*, spec. p. 77 ss., che evidenzia come la predeterminazione concerna l'esternazione, attraverso una manifestazione espressa, delle scelte di base e delle scelte parziali compiute dall'Amministrazione nel corso del processo decisionario, concernenti da un lato la fissazione, seguendo come guida la descrizione normativa dell'interesse pubblico astratto, di una scala di valori e di preferenze in base alla quale verranno effettuate le scelte puntuali, dall'altro la valutazione e la selezione delle varie e di-

concreto; cosicché non in tutti i casi sarebbe possibile raggiungere una specificità tale da escludere ogni successivo margine di decisione, circostanza a cui solo potrebbe addivenirsi al termine di una compiuta individuazione dei fatti rilevanti¹⁹⁰.

All'inverso, neppure potrebbe ritenersi che alla considerazione di un criterio di scelta definito rispetto al quale rapportare i fatti rilevanti possa addivenirsi una volta che l'indagine su questi ultimi sia conclusa. Non potrebbe ritenersi, cioè, che i fatti possano essere posti in relazione alla norma del caso concreto nel momento in cui entrambe le entità risultino definite; quindi, una volta terminata l'attività istruttoria. Una soluzione in tal senso comporterebbe un'inutile duplicazione: pare artificioso, infatti, porre una distinzione, una volta che si sia addivenuti ad una compiuta determinazione della realtà fattuale, tra momento di posizione della regola e momento della decisione, quest'ultimo inteso come rapporto della realtà fattuale da cui la regola si ricava alla regola stessa; risulta, al contrario, più ragionevole identificare la fissazione definitiva del criterio di soluzione con la decisione stessa¹⁹¹.

La possibilità, dunque, di fare riferimento ad una regola che determina in modo compiuto la preferenza degli interessi lasciata aperta dal legislatore, regola che si relaziona ad una situazione giuridica di potere (o a più situazioni giuri-

verse alternative decisionali possibili; scelte, quindi, che comportano una spendita di discrezionalità (cfr. subito *infra*, nel testo).

¹⁹⁰ Che il declinarsi del processo decisionario nel senso rappresentato non si coniuga con una compiuta predeterminazione dell'attività amministrativa è ben evidenziato da P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, pp. 292 ss. e 301 ss.; ma sul punto in generale già F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 336 ss. Si veda anche A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., spec. p. 154 ss., per cui la predeterminazione è l'emersione progressiva di scelte parziali che si succedono nello svolgimento dell'attività istruttoria; lo stesso A., del resto, propone (pp. 96-98 e 130 ss.) una distinzione in fasi del processo decisionario che non si concilia con la previa fissazione definitiva di un criterio di preferenza. Valuta invece il problema sotto il profilo soggettivo della 'coalizione decisionale' M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., pp. 264 e 318, secondo l'impostazione esaminata *supra*, in nota.

¹⁹¹ È il rilievo che F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 220 ss., p. 225, poneva in relazione all'impostazione di chi, come ad es. Piras (cfr. *supra*, n. 184), faceva riferimento all'integrazione della disciplina attraverso una norma posta in via autonoma: "è fittizio scindere, nell'*iter* di formazione dell'atto discrezionale, la posizione del criterio specifico della decisione dalla decisione medesima: è più corretto ritenere che il giudizio valutativo e pratico (...) si sovrapponga e si identifichi con la determinazione volitiva".

diche di potere in rapporto tra loro), e che consenta di pervenire, nel rapportare il fatto concreto al criterio individuato, alla determinazione concernente il porre in essere o meno la situazione effettuale di riferimento (o quale delle ipotetiche situazioni effettuali porre in essere, nell'ambito di alternative più o meno compiutamente individuate dalla relativa normativa), non consente di distinguere il momento di posizione di una norma a tale regola corrispondente, e quello relativo alla verifica della fattispecie che a tale norma debba essere riferita, che atterrebbe al fenomeno della qualificazione giuridica. La separazione concettuale appena descritta non risulta infatti idonea a rappresentare quanto avviene nel processo decisorio: la continua oscillazione tra fattispecie astratta e realtà concreta nell'ambito dell'elaborazione della decisione, infatti, non può essere forzosamente ricondotta ad una previa attività di determinazione della regola e ad una successiva attività di accertamento; ciò è possibile solo a posteriori, ai fini della successiva valutazione del processo decisorio.

9.3 L'accertamento, come valore espresso dall'ordinamento nella scelta del modello procedurale, caratterizza la struttura della situazione giuridica soggettiva di potere, quale conseguenza del modello normativo della funzione. Il preservarsi degli spazi sostanziali di scelta discrezionale e l'equiparazione normativa sul piano procedurale

La previsione di un modello strutturale di accertamento, all'interno del quale si viene a collocare la situazione giuridica di potere, se non può richiamarsi al fine di fornire una descrizione della logica del modello decisorio, è però idonea a rilevare in altro senso, quale valore giuridico che l'ordinamento pone in ordine alla considerazione di una modalità di produzione del diritto. Si vuole sostenere cioè che, nel momento in cui risulti possibile rinvenire un modello di produzione incentrato sulla verifica del fatto rispetto alla norma, rispetto al quale riceve rilievo giuridico la sostanza processuale dell'attività, allora anche le ulteriori attività valutative, che rispetto all'accertamento siano strumentali o correlate, devono essere ascritte a tale modello strutturale. Ciò in quanto l'ordinamento, nel porre il modello, ha effettuato una precisa scelta di

valore in ordine alle modalità di esplicazione del potere, fondando su di esse il profilo dinamico al potere afferente.

Che questa sia l'impostazione da seguire deve essere verificato alla luce di precisi elementi di carattere strutturale che caratterizzano la funzione; deve, cioè, trovare riscontro sul piano del modello normativo della funzione.

Per procedere nel senso descritto, viene in aiuto un'impostazione dottrinale affacciata qualche anno fa, e basata appunto sulla prospettiva normativa propria della nostra legge sul procedimento amministrativo, che è idonea a rispecchiare una particolare sostanza processuale propria della funzione.

L'impostazione a cui si fa riferimento vede nella fase pre-procedimentale l'elaborazione di una proposta di decisione, da parte della stessa Amministrazione procedente, ovvero da parte del privato che propone l'istanza, la cui verifica avviene nel corso del procedimento¹⁹²: ciò si ricava dalla circostanza per cui, al momento della comunicazione di avvio del procedimento, debba essere già ipotizzato, per rispettare l'art. 8 della l. n. 241/1990, l'oggetto del provvedimento finale, con riferimento ai suoi effetti¹⁹³: la situazione problematica, comprensiva dell'ipotesi di soluzione, nasce quindi nella fase pre-procedimentale¹⁹⁴, ancorché sia suscettibile di essere emendata nel corso del procedimento. È quindi nella fase pre-procedimentale che l'Amministrazione decide quali fatti mettere sotto osservazione e quali connessioni instaurare tra i fatti medesimi,

¹⁹² A. ZITO, *Le pretese partecipative*, cit., spec. p. 77 ss. Nell'ottica dell'A, come già visto *supra*, par. 8.1, in nota, il momento politico della scelta si viene a determinare nella fase pre-procedimentale, attraverso una 'proposta di decisione', corrispondente all'atto di iniziativa, sia esso proveniente dall'Amministrazione per i procedimenti da iniziarsi d'ufficio ovvero dal privato per quelli ad istanza di parte; nella fase successiva (p. 95 ss.), la fase procedimentale in senso stretto, vi è la verifica della fondatezza della proposta di decisione (auto-verificazione ovvero etero-verificazione a seconda della differente iniziativa procedimentale). Si è già detto come, secondo Zito, questa fase (p. 129 ss.) sarebbe caratterizzata dal confronto dialettico e paritetico tra parte privata e P.A. attraverso cui la decisione si viene a determinare, e coincide, nel suo farsi dinamico, con l'istruttoria; da essa si distinguerebbe a sua volta la successiva fase 'provvedimentale', ove la decisione assunta nella fase procedimentale viene elevata a regola produttiva di effetti ad opera del soggetto titolare del potere, a dire l'Amministrazione procedente (pp. 76 e 116 ss.). Della non accoglibilità della pariteticità sotto il profilo decisorio si è già avuto modo di argomentare *supra*; mentre, sugli altri aspetti della tesi in esame, valga quanto detto di seguito nel testo.

¹⁹³ A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 81.

¹⁹⁴ A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 87.

cosicché, nella presa di cognizione di certi fatti, si verrebbe a consumare quel rapporto tra indirizzi politici e attività amministrativa da cui scaturisce la connessione di senso tra i fatti medesimi e l'interesse pubblico, come pesato e valorizzato in accordo con gli indirizzi medesimi, da cui scaturisce la proposta di decisione¹⁹⁵. La successiva attività è attività di verifica della proposta o delle proposte di decisione formulate, cosicché il procedimento si verrebbe a delineare nella sua essenza come processo decisionale nel quale si confrontano proposte diverse o addirittura alternative di decisione¹⁹⁶.

Ora, nell'intendere l'articolazione della funzione in due fasi, l'una, di posizione dei termini della scelta, corrispondente alla fase pre-procedimentale, che porta alla comunicazione di avvio del procedimento, l'altra, di verifica della scelta stessa, che porta alla decisione che si manifesterà nel provvedimento, questa prospettazione non può stare comunque a significare che la determinazione del criterio di preferenza avvenga in maniera compiuta già nel primo dei due momenti considerati. Oltre ad opporvisi le ragioni di ordine concettuale che si è avuto modo di esporre, è invero la stessa tesi che, per come formulata, non sembra porsi in maniera così rigida, in ragione dello stesso tenore che parrebbe darsi alla proposta di decisione¹⁹⁷.

Va detto poi come, a prescindere dall'accettabilità o meno del modello teorico, sotto un profilo più prettamente pratico la comunicazione di avvio del procedimento, sin dai primi tempi della sua applicazione¹⁹⁸, secondo un ap-

¹⁹⁵ A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 91.

¹⁹⁶ A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 97.

¹⁹⁷ Ciò può evincersi in generale dalla rappresentazione effettuata dall'A., anche con riferimento alla possibilità di riformulazione della proposta di decisione: cfr. A. ZITO, *op. ult. cit.*, p. 91 ss. Si veda poi ad ogni modo la critica di A. TRAVI, *Interessi procedimentali e 'pretese partecipative'*, cit., pp. 544-545, secondo cui un irrigidimento eccessivo della fase pre-procedimentale comporterebbe un impoverimento del processo decisionale e del ruolo della partecipazione dei privati: l'introduzione di valori di ordine politico può infatti ben avvenire anche nella fase procedimentale in senso stretto, atteso che "i valori dipendono dai fatti, e i fatti vengono definiti nel procedimento solo con la conclusione dell'istruttoria".

¹⁹⁸ Lo rilevava già A. POLICE, *La predeterminazione*, cit., p. 146 ss., facendo riferimento alla costruzione di Zito.

proccio che non è di fatto sostanzialmente mutato nel corso del tempo, non si è rivelata idonea a svolgere un pregnante ruolo di predeterminazione.

Il valore della distinzione delle due fasi in relazione al momento pre-procedimentale, secondo l'intuizione della dottrina sopra riportata, va a nostro avviso invece valorizzato sotto un'altra prospettiva. Non quella, cioè, della concreta esplicazione del processo decisorio, quanto, piuttosto, quella del modello normativo della funzione; del modello, cioè, che si presta ad inquadrare il processo decisorio stesso secondo uno schema delineato dalla legge, da cui ricavare la configurazione normativa che deve darsi alla funzione¹⁹⁹.

In questo senso, non può essere dubbio che le indicazioni legislative sopra considerate, nell'individuare quale referente della comunicazione di avvio del procedimento l'oggetto del provvedimento finale in relazione ad una particolare situazione effettuale, presuppongano avvenuta una fase pre-procedimentale, la cui istruttoria abbia portato all'elaborazione della relativa proposta di decisione. Poiché, come visto, il processo decisorio si determina in relazione all'oscillazione tra la concretezza del fatto e l'astrattezza della norma, al fine della compiuta definizione del criterio di preferenza di cui si è detto, ne consegue che l'attività pre-procedimentale da cui scaturisce l'avvio del procedimento necessariamente presuppone l'individuazione di una o più situazioni effettuali a cui fare riferimento, ancorché la considerazione di un criterio di preferenza in forza del quale definire la determinazione finale sia ancora necessariamente limitato ai fatti sino a quel momento accertati (ai fatti sufficienti all'avvio del procedimento); in altri termini, ancorché la norma del caso concreto sia ancora provvisoria.

¹⁹⁹ Sul punto, può aderirsi all'approccio utilizzato, pur rivolto ad altri risultati, da M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 152 ss., spec. p. 157, il quale, nell'analizzare le modalità decisorie prospettate dalla teoria della razionalità limitata, perviene alla conclusione per cui l'utilizzo di quei modelli come strumento di analisi sia sconsigliabile, in quanto, nella misura in cui essi non trovano radicamento nel diritto positivo, non rappresentano niente più che congetture in ordine al modo di operare dell'Amministrazione: l'esigenza di individuazione di un complesso di alternative decisorie tra le quali effettuare la scelta deve, cioè, essere rapportato al modello che trova riscontro *nella prospettiva del diritto*.

Che l'apertura del procedimento non abbia effettivamente portato con sé, in concreto, tali risultati, o che essi non siano stati trasposti nella relativa comunicazione di avvio, o ancora che quest'ultima manchi del tutto, sono circostanze, sotto il profilo ora considerato, prive di rilevanza. Il profilo normativo di inquadramento della funzione rimane immutato.

Se così è, si potrà allora dire che, con l'avvio al procedimento, si presuppone che sia formulata dalla P.A., o sia recepita nel procedimento attraverso l'istanza del privato, una proposta di decisione in ordine alla valutazione di una o più situazioni giuridiche di potere, che alle relative situazioni effettuali da porre in essere sono riferibili. Rispetto a tale proposta, si pone l'attività di valutazione della sua accoglibilità o meno ai fini della decisione.

Tale attività riceve un'unitaria considerazione normativa, e viene strutturata sulla falsariga della verifica propria dell'accertamento, nella correlazione che rispetto ad essa si viene a porre tra dato fattuale e dato normativo. Ciò può chiaramente evincersi dall'analisi della disciplina procedimentale. Si pensi alla possibilità per le parti di far valere la propria posizione attraverso il deposito di *memorie e documenti*, di cui all'art. 10, lett. b), l. n. 241/1990, quale rappresentazione dell'inscindibilità degli interessi e dei fatti oggetto di valutazione²⁰⁰. Si consideri, ancora, il parallelismo tra pareri e valutazioni tecniche di cui agli artt. 16 e 17, l. n. 241/1990, pur nella differenza dei due istituti, e nella ben nota difficoltà di ascrizione del parere ad un unico ruolo chiaramente definito²⁰¹. Inoltre, la previsione in ordine alla motivazione del provvedimento di cui all'art. 3,

²⁰⁰ Sul rapporto tra la rappresentazione nel procedimento dei fatti e quella degli interessi cfr., con differenti declinazioni, A. ZITO, *Le pretese partecipative*, cit., pp. 109-110; S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale*, cit., p. 318 ss.; S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione*, cit., p. 127.

²⁰¹ Si veda, sulla problematica concernente la considerazione del parere non solo quale istituto proprio della fase consultiva, ma come mezzo di acquisizione di interessi, in particolare A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, p. 613 ss.; M.G. DELLA SCALA, *Attività consultiva e semplificazioni procedimentali*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., p. 528 ss.; ID., *Le valutazioni tecniche nel procedimento amministrativo*, *ivi*, p. 554 ss.; N. AICARDI, *Le valutazioni tecniche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 843 ss.; A. LALLI, *Parere. Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 2003, pp. 2-3; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 452 ss., p. 456; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti*, cit., p. 337 ss.

l. n. 241/1990, facendo riferimento ai presupposti di fatto e alle ragioni di diritto che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, presume un percorso valutativo normativamente considerato sul modello di quello dell'accertamento.

L'assimilazione rappresentata, va aggiunto, non ha valore puramente descrittivo, ma si presenta del tutto coerente con la logica di concretizzazione propria dell'esplicazione di un potere in cui la correlazione tra fatto e norma assuma rilevanza giuridica²⁰².

In proposito, si è avuto modo di ricordare come, anche in relazione ad un'operazione di qualificazione giuridica, si venga ormai comunque a riconoscere, nelle pur varie impostazioni che si avvicendano sul punto (ancorché, ovviamente, in maniera e grado differente l'una rispetto all'altra), una reciproca influenza e compenetrazione tra fatto da verificare e norma da applicare; e come, in ogni caso, nel fenomeno qualificatorio, siano coinvolti margini di scelta da parte del soggetto decidente. In questa prospettiva, ove incerti tendono

²⁰²La considerazione di un nucleo comune delle attività compiute dall'Amministrazione all'interno di un modello di accertamento, rispetto al quale si rappresenta la necessaria reciproca influenza tra fatto concreto e norma da applicare, si ritrova, come già detto, in quelle dottrine che hanno configurato il processo decisorio amministrativo come appunto modello fondato sull'accertamento. In tale prospettiva, M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo*, cit., p. 98 ss., come si è visto, parte dal presupposto che il provvedimento amministrativo, al pari di quello giurisdizionale, abbia carattere *concreto*, cioè presupponga un'attività di accertamento e di valutazione di fatti, secondo quanto si ricaverebbe dalla fattispecie del provvedimento, che ha al suo interno elementi che implicano la sussistenza di una più o meno determinata realtà fattuale, nonché dalle previsioni legislative che comportano un rilievo giuridico dell'attività in questione (come quelle relative allo svolgimento dell'istruttoria procedimentale) e delle sue risultanze (come quelle attinenti alla motivazione): vi è infatti, in questo senso, l'obbligo imposto all'Amministrazione di ricostruire e qualificare fatti reali, quale processo di applicazione della norma al fatto, e di rapportare il contenuto dispositivo del provvedimento, che manifesta la decisione, alle dette risultanze dell'istruttoria attraverso la motivazione (art. 3, l. n. 241/1990). In questa prospettiva, (pp. 113-114) "il connotato della concretizzazione è presente nei provvedimenti giurisdizionali e amministrativi *a prescindere dal più o meno elevato tasso di discrezionalità o vincolatezza* dell'attività di attuazione demandata al giudice o all'amministrazione" (corsivo testuale). Non pare comunque giungersi, in tale impostazione, sino ad ammettere una considerazione strutturale unitaria, sotto il profilo normativo, dell'attività svolta. Tale risultato non viene raggiunto neppure nella teorizzazione di B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., p. 96 ss., il quale, nel fondare la struttura dell'attività amministrativa sull'accertamento, distingue tra funzioni di accertamento autonome, laddove si sia al cospetto di una disciplina normativa completa, e funzioni di accertamento strumentale, nel caso la disciplina normativa sia invece incompleta. Di entrambi gli Aa. si è esposto in maniera maggiormente esaustiva il pensiero *supra*, par. 8.2.

ad essere i confini dell'attività di accertamento, può comprendersi come ciò che risulti idoneo a connotare il modello strutturale di produzione sia appunto la rilevanza giuridica che, nell'ambito del modello stesso, è conferita al contatto tra realtà fattuale e realtà normativa. È proprio tale relazione ad assumere, cioè, valore centrale nel modello di produzione. Tale carattere tende quindi ad ascrivere al modello di riferimento, sotto il profilo normativo, anche l'attività che dall'accertamento stesso tecnicamente esulerebbe, ma che è comunque partecipe della rilevanza giuridica che al processo di esplicazione del potere viene riconosciuta al rapportarsi fra fatto e diritto.

Si consideri, del resto, come nella rappresentazione da noi suffragata, la rilevanza giuridica dell'elaborazione di un criterio di preferenza tra interessi, e quindi l'estromissione da un'attività riconducibile all'accertamento, costituisca una scelta di valore compiuta da parte dell'ordinamento (certamente, anche attraverso una particolare formulazione del dato normativo sostanziale di riferimento) in ordine al collegamento con i margini di scelta presenti nella norma al profilo teleologico alla norma stesso correlato, secondo quanto si è ampiamente avuto modo di spiegare. È quindi ben possibile che, sul piano della struttura procedurale del modello di produzione, si assista ad una equiparazione normativa in ordine alle due diverse attività, pur nella distinzione del dato sostanziale di riferimento.

Se si condividono i rilievi sin qui effettuati, può allora convenirsi sulla sussistenza di un'equiparazione procedurale, sotto il profilo normativo, tra la valutazione dei fatti, oggetto di verifica in ordine alla fattispecie, e degli interessi, oggetto di ponderazione in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza; nel senso che quest'ultima attività viene normativamente ascritta alla prima sotto il profilo procedurale, viene ascritta, cioè, ad una verifica in relazione ad una proposta di decisione. La circostanza, quindi, che ci si trovi di fronte all'elaborazione, o comunque alla presupposizione normativa dell'elaborazione, di una norma, ulteriore rispetto a quella di attribuzione del potere, che

pone un criterio di preferenza (che è o possa essere) soltanto incompiutamente, provvisoriamente e parzialmente definito nella proposta di decisione che si deve valutare, non rileva in ordine alla struttura normativa della funzione: sotto questo profilo, la rilevanza giuridica dell'attività si pone all'interno della considerazione che ne dà il modello di produzione di riferimento.

Si badi, tuttavia, che ciò non sta a significare che l'elaborazione della regola del caso concreto diventi giuridicamente irrilevante, confluendo nell'attività di accertamento. È evidente infatti che, se si opinasse in tal senso, si verrebbe nella sostanza a negare la sussistenza di un margine di discrezionalità teleologica quale carattere proprio della consistenza sostanziale della relativa situazione di potere; si verrebbe, cioè, a negare che al soggetto, titolare del potere, sia stata attribuita la possibilità di apportare un proprio contributo valoriale nella concretizzazione dell'ordinamento.

L'equiparazione, invece, avviene a livello normativo in ordine al particolare assetto procedurale di riferimento; avviene, cioè, sul piano, appunto, procedurale, mantenendo intatta la considerazione sostanziale del potere.

La considerazione di una proposta di decisione da verificare, rispetto alla quale il criterio di preferenza è definito (o comunque si presuppone normativamente definito) in via provvisoria, comporta che la norma avente ad oggetto il criterio di preferenza debba essere considerata come giuridicamente già sussistente, nel suo assetto definitivo, ai fini della struttura normativa della funzione. L'attività successiva, l'attività procedimentale, è, sempre sul piano di detta struttura normativa, attività di verifica della sussistenza della situazione giuridica; tale verifica avviene sulla base di quella norma, i cui elementi sono però, sul piano del concreto esplicitarsi del processo decisorio, suscettibili di modificazione in relazione all'effettivo tenore degli interessi emersi durante l'istruttoria procedimentale.

In questi termini, il modello normativo inquadra in una struttura di accertamento il processo di decisione, la quale viene ad assumere particolari ca-

ratteri, in ragione del rapportarsi tra la struttura normativa della funzione e l'effettiva esplicazione del processo decisorio²⁰³.

10. I caratteri della situazione giuridica di potere in relazione al modello procedurale. La connotazione del modello procedurale amministrativo quale modello processuale di accertamento

La struttura normativa del procedimento nell'ambito del quale si svolge il processo decisorio consente dunque una separazione tra la definizione, nella ponderazione degli interessi coinvolti, del criterio di scelta in ordine alla produzione o meno dell'effetto (o alla produzione di un effetto invece di un altro), e il momento dell'accertamento degli elementi della fattispecie che risulta ascrivibile alla regola così posta; tale separazione, ancorché non sia idonea a descrivere l'effettivo esplicarsi del processo decisorio, non riveste utilità unicamente a posteriori, nell'analisi effettuata al fine di sindacare l'effettiva rispondenza della decisione ai canoni legislativi, ma è invece espressione del modello normativo della funzione. A sua volta, ed è questo il punto su cui interessa ora focalizzarsi, tale modello è idoneo ad influenzare la struttura normativa delle situazioni giuridiche coinvolte, atteso che, come si è già detto e come si avrà ora modo di specificare più compiutamente, l'effettivo declinarsi di queste deriva appunto dal loro inserirsi nel processo formativo della decisione.

Si può infatti affermare che la situazione giuridica di potere si viene a caratterizzare – più correttamente, si può venire a caratterizzare, nei casi in cui non sia ravvisabile nella fattispecie normativa un criterio di preferenza tra inte-

²⁰³ Dalla descrizione effettuata, dovrebbe quindi risultare chiaro come l'inquadramento proposto non possa incorrere in critiche attinenti all'artificiosità del modello stesso o alle forzature che da esso scaturirebbero. Non si deve, infatti, confondere, lo si ripete ancora una volta, il modello di descrizione del processo di decisione con la considerazione che tale modello riceve da parte della normativa di riferimento, rilevante nel senso da questa previsto. La rappresentazione appena fornita non descrive, cioè, la modalità di svolgimento del processo decisorio: sotto il profilo dell'effettiva esplicazione di tale processo, il momento di elaborazione della regola non può essere compiutamente separato da quello di valutazione dei fatti; così come, sotto diverso profilo, l'elaborazione della regola di preferenza non deve essere fatta in concreto confluire nell'attività di accertamento, negandosene così l'autonomo rilievo giuridico sotto il profilo sostanziale. Vi è soltanto, nella prospettiva assunta, un inquadramento del processo decisorio effettuato in relazione alla struttura normativa della funzione (a cui, come si vedrà, deve anche rapportarsi il declinarsi delle situazioni giuridiche coinvolte).

ressi compiutamente definito in merito alla situazione effettuale da porre in essere – per relazionarsi ad una norma la cui effettiva definizione, nell'elemento concernente il rapporto tra criterio di preferenza degli interessi e determinazione della situazione effettuale, avviene nell'ambito dello stesso processo decisorio; essa, tuttavia, è considerata normativamente già presente nel momento in cui la funzione si viene ad esplicare, in ragione della connotazione strutturale della funzione stessa.

In tale ipotesi, la stessa struttura della situazione giuridica di potere si presenta in maniera peculiare, in quanto si individua, all'interno della sua fattispecie, un elemento 'elastico', che si viene a definire compiutamente nel processo decisorio. In altri termini, gli elementi concernenti la scelta discrezionale, nel senso chiarito, sono ascritti alla situazione giuridica di potere, che si presuppone normativamente già sussistente; la loro effettiva definizione avviene, tuttavia, nel corso dello svolgimento della funzione. Tale rappresentazione è la logica conseguenza di un'attività che viene ricondotta, sotto il profilo procedurale, al modello strutturale dell'accertamento, ma che, sotto il profilo sostanziale, mantiene intatta la rilevanza giuridica del conferimento di un margine di discrezionalità in ordine al valore da attuare.

Più in particolare, possono effettuarsi le seguenti considerazioni.

Il legame strutturale che si è visto sussistere tra situazione giuridica e funzione comporta che il potere debba essere concepito in quanto esercitabile a seguito di un processo nel quale venga verificata l'effettiva sussistenza in concreto della relativa situazione giuridica, nella (eventuale) staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie. Tale modello è quindi valido a prescindere dalla circostanza che, nel rapporto tra momento teleologico e determinazione della situazione effettuale, sia conferito dalla normativa di riferimento un margine di scelta dell'autorità decidente; a prescindere, cioè, dalla vincolatezza o meno della fattispecie della situazione giuridica di potere in ordine al criterio di preferenza che regga una siffatta determinazione.

Nello specifico, perché possa addivenirsi a tali conclusioni, i caratteri strutturali che devono essere presenti, secondo quanto è già stato oggetto della nostra analisi, sono i seguenti.

In primo luogo è necessario che venga in rilievo un'attività di accertamento, ciò che si verifica in presenza di determinate condizioni. Da un lato, sotto il profilo della fattispecie normativa astratta della situazione giuridica, le norme sostanziali sulla produzione devono prendere in considerazione elementi idonei a porre in relazione la realtà giuridica della fattispecie normativa con quella fattuale (deve trattarsi, cioè, di una norma ipotetica), in caso contrario mancando in astratto i presupposti materiali per lo svolgimento di un'attività di verifica. Dall'altro, sotto il profilo del rapporto tra la situazione giuridica di potere e la funzione, le norme formali sulla produzione devono consentire di far assumere all'attività di verifica rilevanza giuridica, attraverso la previsione di una procedura all'interno della quale venga in rilievo l'accertamento e la valutazione dei fatti, e risulti la diretta correlazione tra detta attività e la scelta di porre in essere o meno la situazione effettuale corrispondente all'atto precettivo.

In questo senso, devono sussistere specifici caratteri procedurali perché la sostanza della funzione possa emergere nel senso che si è rappresentato. La funzione deve, in altri termini, presentarsi nella sua sostanza processuale, nel senso che la sua forma strutturale deve corrispondere alla sostanza dell'attività.

Si deve, in proposito, riprendere la considerazione dell'esplicazione del potere amministrativo attraverso un processo, la quale deve ora essere riguardata non solo sotto un profilo soggettivo, come fatto in precedenza, ma anche sotto un profilo di tipo oggettivo; sussistendo i relativi caratteri, può allora parlarsi di un modello processuale di accertamento.

Quali siano questi caratteri lo si è accennato nel corso della trattazione. In primo luogo, vi deve essere un'attività di accertamento, opportunamente disciplinata in ordine alla sua rilevanza giuridica nella procedura, come avviene da

parte degli artt. 6 ss., l. n. 241/1990. Tale attività deve, poi, essere inquadrata all'interno di un modello processuale corrispondente, che consenta di rapportarla alla relativa decisione. A quest'ultimo proposito, rileva, in particolare, la possibilità di individuare un momento formalizzato di proposizione della proposta decisoria (di proposizione o auto-proposizione della domanda), come si è detto: rispetto ad essa, si pone infatti la necessità di verifica della proposta formulata, in cui la relativa attività si esplica²⁰⁴.

Inoltre, l'atto che esprime la decisione, ponendo in essere la relativa situazione effettuale, deve rapportare la decisione stessa alle risultanze dell'attività svolta. Ciò avviene attraverso la previsione della necessità di motivazione in relazione a tali profili, secondo quanto appunto si riscontra nella norma di cui all'art. 3, l. n. 241/1990. In questo modo, infatti, il risultato dell'attività decisoria, appunto la decisione, viene riferito ad un contesto di giustificazione in ordine ai presupposti fattuali e alle ragioni giuridiche che la sorreggono; questi a loro volta derivano da quelle che sono le risultanze dell'istruttoria: vi è così un collegamento tra accertamento come attività e accertamento come contenuto della decisione.

Sussistendo i caratteri indicati, può dirsi che il potere non venga esercitato in via prettamente sostanziale da parte del suo titolare, ma attraverso un processo volto a verificarne i corrispondenti elementi²⁰⁵.

²⁰⁴ Si precisa, solo per inciso, che non è necessario, al fine dell'individuazione di tale momento, che sia prevista, per qualsiasi genere di procedimento, la comunicazione di avvio (si veda in particolare l'art. 7, l. n. 241/1990, che ne esclude la necessità per le misure urgenti). La disciplina di quest'ultima, infatti, è rilevante in quanto individua il momento di proposizione della proposta decisoria, ma, in sé, rappresenta solo la manifestazione all'esterno di esso. Piuttosto, la mancanza *fisiologica* della comunicazione di avvio del procedimento (cioè l'esclusione *ex lege* della sua necessità) implica una diversa modalità di esplicazione del contraddittorio procedimentale: cfr. *Il contraddittorio procedimentale*, cit., p. 252 ss., nonché quanto si dirà nella parte II del lavoro.

²⁰⁵ In particolare, nei procedimenti ufficiosi ciò si risolve in un auto-proposizione della domanda da cui scaturisce l'accertamento e l'esercizio del potere. Con riferimento ai procedimenti ad istanza di parte, si sarebbe di fronte ad un modello processuale fondato sulla situazione giuridica procedurale che, nell'ambito dell'elaborazione processualistica, è riferibile all'azione concreta, per cui è ravvisabile una pretesa di rilievo sostanziale che si fa valere nei confronti della situazione di potere dell'organo decidente.

Il modello così rappresentato costituisce una scelta di valore effettuata da parte dell'ordinamento, di conferimento di rilievo giuridico, in generale, all'attività di correlazione tra fatto e diritto. Tale rilievo, nel momento in cui è suffragato dai caratteri strutturali descritti, nel momento in cui, cioè, emerge in ragione della struttura processuale del procedimento decisorio, rende idoneo a ricomprendere nell'accertamento, sotto il profilo normativo della funzione, anche attività di valutazione che dall'accertamento stesso tecnicamente esulerebbero. In quest'ultima ipotesi, il rapporto strutturale, che si crea tra la situazione giuridica e la funzione, consente di considerare l'elasticità dell'elemento afferente alla discrezionalità teleologica appunto nella logica strutturale corrispondente a tale rapporto, non cioè nel senso che l'elemento stesso si viene a formare nel corso dell'attività decisoria (il che significherebbe obliterare il rilievo strutturale proveniente dal modello di produzione in cui la situazione giuridica si inserisce), né che esso si debba ritenere equiparabile, nella sua consistenza fattuale, agli altri elementi che integrano la fattispecie della situazione di potere (il che, invece, vorrebbe dire porre nel nulla il dato sostanziale concernente il riconoscimento della presenza di discrezionalità sotto il profilo teleologico); ma nel senso che l'elemento in questione è considerato già sussistente sul piano normativo, pur nella sua elasticità. Nella prospettiva descritta, il procedimento decisionale si pone, quindi, come processo di accertamento di una situazione giuridica (la verifica della sua sussistenza), il cui elemento elastico si viene a 'staticizzare' nel corso del processo stesso, ancorché, appunto, normativamente esso venga considerato come già presente all'interno della relativa fattispecie.

La formazione della regola²⁰⁶, che si pone all'interno di tale processo, si situa allora nell'ottica, appunto, della staticizzazione dell'elemento elastico della situazione giuridica. La staticizzazione deriva dall'esplicarsi del processo decisio-

²⁰⁶ Si ripete, al fine di evitare fraintendimenti, che la regola a cui si fa riferimento non è quella corrispondente alla situazione effettuale posta in essere con l'atto precettivo, cioè la norma da quest'ultimo creata, ma costituisce invece una regola, elaborata sulla base di un criterio di preferenza di interessi individuato dall'autorità decidente, in rapporto alla quale si determina la sussunzione del fatto, dal cui esito dipenderà la decisione in ordine alla produzione della situazione effettuale stessa.

rio che si esprime nell'attività di verifica (l'accertamento), quale presupposto della verifica stessa: in altri termini, ricordando sempre che il modello che si prende in considerazione non descrive le modalità con cui si esplica il processo decisorio, ma la sua struttura normativa, può dirsi che la formazione della regola, sotto il profilo appunto strutturale, deriva quale conseguenza dell'accertamento compiuto, costituendone il presupposto implicito.

10.1 La situazione giuridica di potere e la situazione che con il potere si confronta. La sua caratterizzazione come situazione giuridica procedurale a rilievo sostanziale, che si connota quale pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto. Conseguenze ulteriori

Rapportando le considerazioni effettuate sul modello strutturale della funzione alla situazione giuridica di potere, può quindi ritenersi che quest'ultima consista nella modalità deontica di una situazione effettuale di carattere precettivo, la quale, in ragione del modello di produzione in cui si inserisce, è caratterizzata dall'eventuale staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie, attraverso la definizione del criterio di preferenza. La fattispecie della situazione giuridica viene a ricomprendere, in questo senso, anche gli elementi afferenti alla discrezionalità, che rilevano nel modo di cui si è detto. Quanto alla modalità deontica della situazione, questa è quella che si correla alla doverosità della funzione²⁰⁷; poiché, come appena spiegato, la situazione di potere sorge con l'avvio (ufficioso o su istanza di parte) del procedimento, la sua modalità non potrà che risultare collegata al profilo della doverosità della funzione che fa riferimento all'obbligo di conclusione del procedimento.

Vi è, dunque, sotto il profilo della relazione che si dispiega sul piano procedurale (non astratto, ma) concreto, quello, cioè, a rilievo sostanziale, una situazione di potere corrispondente all'obbligo di produrre l'effetto precettivo,

²⁰⁷ Si vedano in proposito, in particolare, F. LEDDA, *Il rifiuto*, cit., p. 75 ss., spec. p. 126 ss.; A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, Milano, 1976, p. 27 ss.; nonché A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, p. 9 ss., spec. p. 89 ss., sulla distinzione del dovere di provvedere come dovere di iniziare il procedimento, dovere di concludere il procedimento e dovere sostanziale di adottare il provvedimento. Da ultimo, cfr. anche S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, p. 71 ss.

sussistente laddove sussistano tutti gli elementi della relativa fattispecie (compresi quelli afferenti alla discrezionalità, nel senso chiarito della staticizzazione del criterio di preferenza).

Ora, rispetto a tale situazione giuridica, si deve considerare la posizione degli altri soggetti, in capo ai quali è possibile individuare una situazione soggettiva che si ponga su un piano relazionale con la situazione di potere, secondo i termini generali che si è già avuto modo di chiarire. La struttura e i caratteri dell'una non possono infatti che ritrovarsi nella struttura e nei caratteri dell'altra: entrambe le situazioni, ponendosi in rapporto tra loro, fanno riferimento alla medesima fattispecie di produzione dell'effetto, rispetto alla quale viene in rilievo il modello procedurale definito dalle norme formali sulla produzione che si è avuto modo di descrivere.

Sotto tale profilo, si è già evidenziato che le situazioni giuridiche soggettive configurabili in capo al privato a fronte della situazione giuridica di potere assumono la consistenza strutturale che si ricava dal relativo modello processuale. In particolare, esse trovano inquadramento, all'interno dell'impianto strutturale proprio della funzione, partecipando, nei modi e nei termini anzidetti, al dato soggettivo complesso che la funzione stessa esprime. Più nello specifico, si è visto come, a seconda che l'interesse del privato si rivolga nei confronti dello svolgimento del procedimento in relazione all'esplicazione della funzione, ovvero della situazione giuridica di potere che nell'ambito del procedimento si esplica, si sia al cospetto, al pari di quanto avviene nell'ambito del processo giurisdizionale, di situazioni di carattere astratto, ovvero di carattere concreto, afferendo, le prime, al piano strettamente procedurale, le seconde al piano sostanziale dell'interesse.

È su queste ultime che la nostra attenzione si deve in questa sede soffermare (tenendosi presente che, a fronte di esse, a fronte di situazioni cioè, a ri-

lievo sostanziale, si pongono poi situazioni distinte, di carattere prettamente procedurale, strumentali a far valere le prime nell'ambito del procedimento²⁰⁸).

Ora, nel momento in cui la situazione giuridica di potere assume una particolare connotazione strutturale in ragione del profilo procedurale ad essa attinente, tale connotazione viene ad investire anche la situazione che ad essa si rapporta, appunto per la partecipazione del medesimo profilo procedurale. La situazione giuridica concernente l'interesse sostanziale del privato si pone quindi quale pretesa in senso proprio, che si rivolge all'esercizio del potere nel modo che deriva dai caratteri strutturali propri del modello di produzione proprio della funzione.

A fronte del riconoscimento del rilievo giuridico dell'interesse di un soggetto che si pone nel senso della produzione dell'effetto riferibile al potere, sussisterà, quindi, una situazione di pretesa alla produzione di quell'effetto laddove sussistano in concreto i presupposti sostanziali per la produzione dell'effetto, e sia corrispondentemente integrato il relativo obbligo in capo all'Amministrazione. Rispetto, invece, ad un interesse che si ponga nel senso della non produzione dell'effetto in questione, riconosciuto giuridicamente rilevante rispetto ad un soggetto, sussisterà, in capo a quest'ultimo, una pretesa alla non produzione dell'effetto, qualora il fatto costitutivo della situazione di potere non sia integrata, così venendosi a configurare, in capo alla P.A., secondo quanto precedentemente spiegato, un obbligo di non produrre quell'effetto²⁰⁹. Tale rappresentazione, si aggiunge, varrebbe anche con riferimento a quelle situazioni in cui il criterio di preferenza tra interessi non sia normativamente determinato, rispet-

²⁰⁸ Sulle situazioni prettamente procedurali, cfr. quanto da noi rappresentato ne *Il contraddittorio procedimentale*, cit., spec. p. 281 ss.; ID., *Considerazioni su situazioni giuridiche procedurali, organizzazione, funzione*, cit., p. 335 ss.

²⁰⁹ Rimane fermo che, in entrambe le ipotesi, gli elementi della fattispecie della situazione giuridica del privato potrebbero non essere limitati a quella propria della fattispecie del potere, in termini corrispondenti o inversi a seconda che si stia considerando, rispettivamente, una situazione di carattere pretensivo ovvero di carattere oppositivo; la fattispecie di dette situazioni potrebbe, infatti, fare riferimento anche a quegli ulteriori elementi necessari per l'individualizzazione della relativa posizione, intesa in senso astratto, in capo ad un determinato soggetto, la cui sussistenza, ai fini dell'integrazione della situazione giuridica di pretesa, pure deve averi in concreto.

to alle quali l'attività da svolgersi da parte dell'organo decidente non può configurarsi quale unicamente di accertamento: ciò appunto in ragione di quanto considerato in ordine alle conseguenze, sul piano della fattispecie, del rilievo giuridico che assume la funzione in presenza dei caratteri che si è ampiamente avuto modo di spiegare, per cui è possibile pervenire alla determinazione, nell'ambito del procedimento, di una norma all'interno della cui fattispecie è ravvisabile un elemento 'elastico', a cui rapportare l'attività di accertamento. In tale evenienza, infatti, il relativo elemento, seppur non ancora 'staticizzato' in concreto, viene considerato, come si è detto, normativamente già sussistente, così consentendo di configurare una pretesa in senso proprio alla produzione/non produzione dell'effetto.

Più in particolare, la configurazione, che tale situazione soggettiva assume, trova la sua caratterizzazione all'interno del modello strutturale di riferimento, quale situazione giuridica procedurale. La sua consistenza deriva, quindi, dalla concezione della funzionalizzazione intesa nel senso da noi prospettato. In questo modo, può parlarsi di una pretesa all'utilità finale, laddove si tenga presente che la tecnicità del relativo riferimento concettuale (il riferirsi, cioè, ad una pretesa in senso tecnico, giuridicamente rilevante come tale) deriva dall'inserirsi, la pretesa stessa, nel modello strutturale della funzione declinato nei termini più volte ripetuti, di cui quindi le situazioni giuridiche coinvolte vengono a partecipare.

Si delinea così una situazione giuridica soggettiva, di carattere procedurale, avente la struttura della pretesa, direttamente rivolta al conseguimento dell'utilità finale, da individuarsi nella situazione effettuale di cui si ha interesse alla produzione o alla non produzione. Le obiezioni, sopra prospettate, in ordine all'inattualità di una pretesa così configurata, vengono superate all'interno del dato strutturale della funzione che si è avuto modo di delineare. Non pare possibile negare una siffatta conclusione: ciò significherebbe, infatti, porsi in contrasto con la funzionalizzazione del potere, il cui carattere troverebbe

espressione nel modello normativo che si è avuto modo di delineare, a sua volta corrispondente ad un particolare scelta di valore effettuata dall'ordinamento in ordine ad una specifica modalità di esplicazione della dinamica della produzione.

Nell'impostazione assunta, non si viene a perdere il profilo assiologico del modo di essere del soggetto rispetto alla situazione effettuale, come invece avverrebbe laddove, nella costruzione della situazione giuridica, l'elemento soggettivo fosse del tutto appiattito all'interno della dimensione normativa. Al contrario, la costruzione che si è proposta valorizza detto profilo, ma lo fa, si aggiunge, proprio all'interno del dato normativo, quale conseguenza della riconduzione della struttura delle situazioni giuridiche alla struttura normativa della funzione, nel senso da noi riferito. Si perviene dunque ad una ricostruzione ove il piano della norma e il piano assiologico non segnano una distanza l'uno con l'altro²¹⁰.

Nella prospettiva adottata, si è quindi inserito nell'ambito della realtà procedurale il rapporto che si dispiega tra Amministrazione e privato sotto il profilo sostanziale, ma si è negato che tale realtà potesse attenersi unicamente alla sua dimensione 'dialogica', come tale destinata a risolversi nelle situazioni procedurali di carattere astratto. Al contrario, ciò che rileva è la struttura della funzione: considerazione, questa, che ha consentito non solo di evitare una

²¹⁰ L'ordine di idee prospettato in questa sede, si pone, del resto, nel quadro fatto proprio dal diritto positivo: come già considerato, infatti, il Codice, nel richiamare più volte il concetto di pretesa, lo inserisce all'interno di un quadro normativo le cui conseguenze sembrano presupporre che l'oggetto della pretesa stessa vada riferito alla situazione effettuale la cui produzione o non produzione è auspicata. È la stessa considerazione che della situazione giuridica coinvolta del processo mostra di avere il diritto positivo che, allora, consente di porre le basi per una ricostruzione nel senso descritto. Sul punto, cfr. *supra*, par. 5, nel testo e in nota, in ordine a quanto si è detto analizzando l'art. 31, co. 3, c.p.a., per cui l'oggetto della pretesa, con riferimento a tale disposizione, non potrebbe che riferirsi all'utilità finale, non riuscendo altrimenti a trovare giustificazione le conseguenze che scaturirebbero dalla sua applicazione. In particolare, si è evidenziato come di una pretesa al corretto esercizio della discrezionalità il giudice possa *sempre* conoscere (secondo quella che è del resto la stessa rappresentazione datane dalla dottrina che ha configurato l'interesse legittimo come diritto all'attuazione della possibilità normativa del risultato favorevole, cioè la tesi di L. Ferrara), mentre la norma appena richiamata limita espressamente la possibilità del giudice di conoscere *della fondatezza della pretesa* alle ipotesi in cui la discrezionalità sia assente o esaurita.

rappresentazione della situazione giuridica che dalla funzionalizzazione, intesa nel senso più volte descritto, prescinda del tutto, relegandone la consistenza ad un piano soltanto esterno rispetto all'esplicarsi della decisione, ma anche di declinare la stessa situazione giuridica nei termini che si è avuto modo di esporre.

Opinando nel senso descritto, si aggiunge, ci si situa accanto a quelle ricostruzioni che fanno riferimento ad una configurazione del rapporto amministrativo in senso 'staticizzato', e si fornisce uno specifico fondamento alla corrispondente rappresentazione²¹¹.

In particolare, nella prospettiva delineata, può considerarsi che la staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie si determina in relazione all'accertamento compiuto nello svolgimento della funzione, costituendone il presupposto implicito. In questi termini, l'attività decisoria, che si esplica nel corso della funzione con l'adozione dei relativi atti, comporta la staticizzazione della regola afferente al criterio di preferenza, che, facendo riferimento ad un'attività normativamente considerata di accertamento, viene quindi a costituire, sotto il profilo strutturale, una conseguenza dell'accertamento compiuto; la staticizzazione, in tal modo, viene correlata all'accertamento quale contenuto della decisione.

²¹¹ Procedendo in questo senso, ci si è posti, in definitiva, nel solco tracciato da A. Romano Tassone, il quale, come si è già rappresentato, appunto nel contrapporsi alla svalutazione del profilo assiologico che la considerazione degli obblighi di protezione come fulcro del rapporto amministrativo porta con sé, ha affermato che la situazione giuridica del privato che si confronta con il potere amministrativo andrebbe costruita nel senso che l'interesse sostanziale, a cui la dimensione assiologica consentirebbe di fare riferimento, dovrebbe trovare protezione attraverso una modalità di tutela che, senza ledere le attribuzioni discrezionali della P.A., permetta di pervenire alla valutazione della possibilità di soddisfare o meno l'interesse stesso alla luce dello svolgimento della relativa attività decisoria. Questa impostazione, di cui si è ampiamente dato riscontro, non è tuttavia riuscita, a nostro avviso, a porre gli importanti risultati a cui è pervenuta all'interno di una compiuta ricostruzione strutturale, rimanendo in qualche modo sospesa tra un modello strumentale di protezione dell'interesse, che pur espressamente rifiutava, e un modello di tutela diretta dell'interesse stesso, a cui invece tendeva. Rispetto ad essa, si è cercato dunque di individuare l'elemento strutturale che consentisse di rapportare, in via diretta, l'interesse materiale alla situazione effettuale ad una situazione giuridica soggettiva configurata nei termini di pretesa nei confronti del potere: tale elemento è stato rinvenuto nella considerazione che si è data alla struttura normativa della funzione, nel senso che si è ampiamente considerato.

Si deve poi ritenere che tra gli effetti prodotti dall'atto – sempre in ragione del suo inserirsi in un modello processuale di accertamento, ancorché la correlazione che si viene ora a rappresentare non si ponga su un piano logico, bensì unicamente funzionale – sia ricompreso un vincolo all'accertamento stesso (l'effetto di accertamento), e quindi a considerare sussistente (o insussistente) la situazione giuridica, nella sua staticizzazione. Tale vincolo deriva dalla situazione effettuale, e rimane in piedi fin tanto che non è rimossa l'operatività dell'atto. In sé, quindi, non comporta una preclusione al riesercizio del potere se l'atto viene annullato, ma non consente all'Amministrazione di riesercitare il potere sin tanto che l'atto rimane in piedi (la P.A. può, infatti, soltanto far venir meno l'atto attraverso l'utilizzo dei poteri di secondo grado, poteri *differenti* da quello originario). Il vincolo in questione può comunque essere sostituito da quello prodotto dall'accertamento giurisdizionale, cioè dal giudicato sostanziale.

11. Conclusioni. Considerazioni ulteriori sul declinarsi del processo amministrativo a fronte della concezione della situazione giuridica fatta propria in questa sede

Le considerazioni effettuate nel presente studio consentono, dunque, aderendosi alla nostra ricostruzione, di pervenire alla ricostruzione della situazione giuridica del privato, che si pone in rapporto con la situazione di potere dell'Amministrazione, quale situazione procedurale a rilievo sostanziale, che si caratterizza, in ragione della connotazione che riveste sotto un profilo normativo, quale pretesa all'utilità finale; quale pretesa, cioè, a seconda dei casi, alla produzione dell'effetto ovvero alla non produzione dell'effetto che al potere fa riferimento. L'equiparazione, che si ha sotto questo profilo, assume rilievo, come si è spiegato, sotto il profilo procedurale, senza che venga ad essere intaccata la considerazione sostanziale dell'attribuzione, da parte dell'ordinamento, di un margine di scelta rilevante sotto un profilo teleologico, e quindi quale partecipazione (non solo all'attuazione, ma anche) alla definizione del valore da attuare attraverso l'esercizio del potere.

La descritta rappresentazione della situazione giuridica, insieme alle precisazioni da ultimo effettuate, permettono di fornire una specifica ricostruzione anche della declinazione del giudizio in cui essa viene a trovare rappresentazione, nei termini che seguono²¹².

I) La situazione giuridica del privato, concepita come pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, è idonea ad essere posta ad oggetto del giudizio. Ciò, tuttavia, non può avvenire per mezzo della (sola) azione di annullamento, che il Codice mostra ancora di collegare alla sua tradizionale considerazione di azione concreta, quale pretesa, cioè, rivolta al giudice, all'annullamento dell'atto. L'impugnazione dell'atto si deve allora accompagnare all'esperimento, ai sensi dell'art. 34, lett. c), c.p.a. di un'azione di condanna ad un *facere* (per le situazioni di carattere pretensivo) o ad un *non facere* (per quelle di carattere oppositivo)²¹³; all'esperimento, cioè, di quella forma di tutela il cui oggetto è rappresentato dalla situazione giuridica soggettiva in base alla quale è doverosa l'assunzione di un comportamento, lesa dall'inadempimento del soggetto obbligato. Tale è appunto una situazione di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, lesa dal mancato adempimento del relativo obbligo da parte dell'Amministrazione.

II) L'accertamento giudiziale copre la sussistenza/insussistenza situazione giuridica, senza possibilità di rimetterla in discussione, sulla base di qualsiasi motivo. Non vengono infatti in rilievo direttamente i fatti o le singole questioni giuridiche prese in considerazione dal giudice: poiché l'entità a cui l'accerta-

²¹² Le considerazioni di seguito riportate sono sviluppate nel secondo volume dell'opera, *Potere e situazioni soggettive*, II-1, cit.

²¹³ Va sottolineato, in questo senso, come la necessità di esperire, al fine di porre la situazione del privato ad oggetto del giudizio, l'azione di condanna, non debba essere considerata un mero formalismo. Essa risponde, invece, al rispetto del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato; evita domande e pronunce implicite che creano problemi nella loro esecuzione e nel corretto sviluppo nel contraddittorio processuale, come in proposito evidenziato dalla dottrina processualcivile. Si intende, peraltro, che la proposizione dell'azione di condanna ad un *facere* non debba comunque considerarsi in termini formalistici, potendo in tal senso comunque interpretarsi la domanda che risulti espressamente rivolta all'accertamento della sussistenza della situazione a rilievo sostanziale del ricorrente, di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, e alla sua tutela attraverso la sanzione della doverosità della relativa condotta da parte dell'Amministrazione.

mento giudiziale fa riferimento è quella della situazione giuridica, la portata precettiva della pronuncia copre qualsiasi rappresentazione difforme da quella oggetto della dichiarazione nella sentenza, a prescindere dai fatti o dalle ragioni volte a sorreggerla.

La circostanza che l'oggetto del giudizio sia la situazione giuridica di pretesa comporta, peraltro, la possibilità di allegare in giudizio gli elementi ad essa riferibili, a prescindere (per quanto concerne la P.A.) dal fatto che questi siano stati indicati o meno nel provvedimento adottato. La possibilità di far valere elementi ulteriori, infatti, non attiene al riesercizio del potere in giudizio, ma soltanto alla difesa giudiziale della parte²¹⁴.

a) L'accertamento giudiziale, va però evidenziato, si rivolge nei confronti della situazione giuridica al suo concreto livello di staticizzazione.

Nel momento in cui la situazione giuridica è portata al cospetto del giudice, lo si è spiegato, non è infatti a questi consentito procedere alla diretta elaborazione del criterio di preferenza che consente la staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie: se procedesse in questo senso, si sostituirebbe all'Amministrazione nella determinazione della scelta valoriale ad essa demandata; mentre la situazione soggettiva, nel rappresentare la consistenza giuridica della tutela dell'interesse materiale del suo titolare, non potrebbe ledere l'attribuzione discrezionale dell'Amministrazione. In questi termini, la caratterizzazione procedurale della situazione, se consente di ascrivere a sé il carattere strutturale della funzione, e, come tale, di configurarsi normativamente come pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, non consente tuttavia di obliterare il dato sostanziale riferito alla presenza di discrezionalità teleologica.

L'accertamento giudiziale si rivolgerà allora alla situazione giuridica nel riferimento alla parte 'staticizzata' della propria fattispecie; nel riferimento, cioè,

²¹⁴ Nello stesso senso anche M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., p. 252 ss.

a tutti gli elementi afferenti ai profili vincolati della fattispecie e a quelli concernenti i margini di discrezionalità esaurita²¹⁵.

All'interno della rappresentazione appena svolta, deve poi aggiungersi, va letto anche l'art. 31, co. 3, c.p.a., e i limiti da tale norma all'accertamento della situazione giuridica, per cui il giudice non potrebbe conoscere della sua fondatezza rispetto alla discrezionalità non esaurita. Detti limiti vanno infatti considerati, in generale, in relazione alla caratterizzazione della situazione giuridica che si ritiene di dover assumere²¹⁶. Essi, in altri termini, nient'altro rappresentano se non il corrispettivo processuale della considerazione della discrezionalità che si ha in relazione alla situazione soggettiva oggetto del giudizio. Per cui, venendo in questione una situazione giuridica quale quella da noi rappresentata, il disposto di cui alla norma richiamata si verrà a declinare nella maniera anzidetta: quale limite cognitorio all'accertamento giudiziale della parte di fattispecie non 'staticizzata'. La considerazione della discrezionalità non esaurita quale limite (normativamente considerato come) di carattere processuale consente, peraltro, di porre il fondamento per il suo superamento all'interno dello svolgimento dell'attività di cognizione del giudice (e di rapportarvi coerentemente il disposto dell'art. 31, co. 3, c.p.a., per le ragioni appena esposte). Ciò potrebbe realizzarsi, infatti, utilizzando un mezzo procedurale che permetta di superare il limite processuale senza intaccare l'essenza sostanziale (l'attribuzione discrezionale conferita dall'ordinamento) a cui esso fa riferimento. Sul punto, si tornerà fra poco.

b) Nel senso descritto, perché l'accertamento giudiziale possa coprire interamente la situazione giuridica, la regola di preferenza afferente alla scelta discrezionale deve presentarsi e permanere nella sua compiuta staticizzazione, o comunque risultare automaticamente rideterminata all'esito del sindacato giudi-

²¹⁵ Si intende, peraltro, che il riferimento in questione comunque prescinde dagli elementi, relativi a tale parte di fattispecie, fatti in concreto valere in giudizio: l'accertamento è, infatti, comunque rivolto alla situazione giuridica, pur con riferimento alla sua parziale staticizzazione. Sul punto cfr. *infra*, sub III, b).

²¹⁶ Cfr. *supra*, n. 84.

ziale, non potendo altrimenti procedersi ad un accertamento completo sulla situazione giuridica dedotta in giudizio. In questo quadro, perché la discrezionalità risulti esaurita, si devono avere le seguenti condizioni. In primo luogo, si deve essere pervenuti ad una compiuta determinazione della regola di preferenza (ciò che non potrebbe riscontrarsi se non vi è stata alcuna decisione, o se questa risulti strutturalmente non affrontare il profilo attinente alla scelta discrezionale, perché non si è pervenuti all'eventuale fase procedurale corrispondente, o perché vi è una limitazione a punti preliminari, pregiudiziali o comunque espressamente assorbenti). Inoltre, tale regola di preferenza deve rimanere intatta all'esito della confutazione effettuata in ordine ad essa.

Tale ultima circostanza si verifica quando si è al cospetto di un'unica alternativa perseguibile. A tal fine, va però anche aggiunto, devono essere tenute presenti tutte le opzioni già considerate, comprese quelle da reputarsi implicitamente ricomprese nella decisione originariamente effettuata, in ragione della sua insita esaustività. Il giudice amministrativo, dinnanzi al quale l'atto è contestato, prende infatti in considerazione non un esercizio del potere in via meramente sostanziale, ma un accertamento compiuto dall'Amministrazione quale decisione portata al suo esame; questa, in quanto appunto decisione, si presume esaustiva rispetto al suo oggetto, cioè alla sussistenza o all'insussistenza della situazione giuridica di potere (nel senso descritto, e nel suo svolgimento relazionale con le altre posizioni coinvolte). Solo nel caso in cui, tenuto conto di ciò, nella ridefinizione della decisione si apra, in ragione della invalidità rilevata, più di una possibilità rispetto a quelle (da considerarsi) già vagliate nell'originaria staticizzazione della regola, la discrezionalità non potrebbe allora dirsi esaurita. Ciò che avverrebbe, qualora ad una nuova decisione sulla situazione giuridica non possa pervenirsi senza un'attività istruttoria ulteriore, che risulti correlata alla necessità di staticizzazione della regola, giacché in tale scenario, la scelta discrezionale non potrebbe dirsi esaurita all'interno della precedente determinazione.

Rimane peraltro fermo che, nell'ambito dell'oggetto del relativo giudizio, debba essere concesso alle parti dimostrare in concreto, facendo valere i profili e gli elementi a ciò correlati, la mancanza di compiuta staticizzazione della regola di preferenza (quindi, la concreta mancanza di esaustività della decisione), e con essa l'impossibilità di pervenire all'automatica rideterminazione della regola discrezionale. L'esaustività della decisione, infatti, rappresenta una qualità insita nella decisione in quanto tale, nel senso, cioè, che la decisione, in sé, si presume esaustiva rispetto al suo oggetto, ma non comporta l'impossibilità di contestazione della decisione stessa, anche in relazione ad elementi ulteriori, nel momento in cui rispetto ad essa non sussista un vincolo, ovvero laddove si rimanga all'interno dei limiti e delle modalità in cui il vincolo può essere messo in discussione; soltanto, l'organo giudicante presuppone, nel momento in cui il contenuto della decisione viene al suo esame nell'ambito dell'accertamento giudiziale, l'esaustività insita nella decisione, qualora non vi sia una contestazione che dimostri il contrario. In questo quadro, l'impossibilità di un'automatica rideterminazione della regola discrezionale può allora conseguire, di necessità, dal tenore della censura riscontrata come fondata rispetto alla determinazione precedentemente svolta, secondo quanto si è detto; oppure può derivare da un'apposita contestazione che appunto dimostri la mancanza di esaustività della decisione in concreto, e quindi l'impossibilità, per la regola, di risultare compiutamente staticizzata all'esito del sindacato giudiziale.

La considerazione in ordine all'attribuzione discrezionale non consente, invece, alle parti di ricercare, e al giudice di pervenire, ad una diretta ed effettiva (ri)definizione del criterio di scelta in un determinato senso, corrispondente alla rispettiva rappresentazione suffragata. In sé, infatti, tale evenienza si porrebbe fuori dei limiti degli ordinari poteri propri dell'accertamento giudiziale, se considerata all'interno della dinamica processuale sin qui descritta. Tuttavia, poiché, come più volte ripetuto, la discrezionalità non esaurita viene normativamente considerata quale limite cognitorio all'accertamento giudiziale, per tale

via, per la via, cioè, degli strumenti della cognizione giudiziale, e attraverso modalità che consentano di mantenere intatto il valore sostanziale dell'attribuzione discrezionale, ne può essere possibile il superamento (si veda subito di seguito, al punto successivo)

III) Laddove la discrezionalità non risulti esaurita, l'accertamento andrebbe a coprire la situazione giuridica nel suo concreto livello di staticizzazione. In questo senso, ciò che la parte viene ad ottenere è (non il mero riesercizio corretto della discrezionalità, ma) il conseguimento dell'utilità finale, al netto dell'esaurimento della scelta discrezionale.

Rispetto a quanto affermato al punto precedente, va peraltro ulteriormente evidenziato come la circostanza per cui l'equiparazione ad una pretesa all'utilità finale avviene in chiave procedurale, in ragione del particolare significato attribuito al modello di produzione, mantenendo tuttavia intatta la rilevanza giuridica del conferimento di un margine di discrezionalità in ordine al valore da attuare, non sia senza conseguenze in ordine all'esplicarsi dell'accertamento sulla situazione giuridica nell'ambito del processo giurisdizionale.

Nel senso descritto, infatti, la situazione giuridica è caratterizzata da una sorta di duplicità dimensionale, che giustifica la rappresentazione che di essa se ne è data. Tale duplicità dimensionale comporta che il riferimento alla discrezionalità non esaurita (l'impossibilità, cioè, per il giudice di sostituirsi all'Amministrazione nella determinazione del criterio di preferenza in ordine all'assetto teleologico da attuare), ancorché, come si è visto, rappresenti un limite di carattere sostanziale, venga ad essere trattato, nell'esplicazione del processo, quale invece limite di carattere procedurale, quale, cioè, limite cognitorio alla possibilità di procedere all'accertamento.

Ciò rileva sotto molteplici profili.

a) In particolare, nell'ambito della dialettica processuale, non si dovrebbe ritenere che la possibile definizione della scelta discrezionale in giudizio comporti un'estensione dell'oggetto dell'accertamento giudiziale; essa rileva soltan-

to nel senso di consentire l'accertamento in via integrale della sussistenza della situazione giuridica. In questo senso, quindi, si dovrebbe considerare la possibilità per l'Amministrazione di far valere la propria valutazione discrezionale, nel senso, cioè, che tale attività corrisponde alla modalità attraverso la quale si può pervenire al superamento di (ciò che viene normativamente considerato come) un limite cognitorio per il giudice amministrativo.

In tale prospettiva, si ha quindi, in primo luogo, che la duplicità dimensionale alla quale detta attività accede faccia sì che se essa, sotto il profilo della sua consistenza sostanziale, rappresenta la definizione del criterio di preferenza afferente ad una partecipazione, conferita dall'ordinamento, alla partecipazione della determinazione del valore, e, come tale, dovrà essere espletata dagli organi corrispondenti (non può essere sopperita dall'attività difensiva erariale); in ragione della sua considerazione normativa, essa, però, confluisce in quello che, sotto il profilo procedurale di riferimento, assume il rilievo di un documento processuale di carattere istruttorio, che non può, come tale, considerarsi espressione dell'esercizio di un potere sostanziale in giudizio (neppure, si badi, quale integrazione di una duplicità di fattispecie, l'una riferibile al potere sostanziale, l'altra al potere processuale, atteso che, nella rappresentazione che si è data, la duplicità è invece interna alla struttura normativa della situazione di potere che viene in considerazione).

In secondo luogo, il giudice, nello svolgimento della sua attività di accertamento, deve poter 'provocare', d'ufficio o su istanza di parte, l'espletamento di tale attività, proprio in quanto (normativamente considerata quale) modalità di superamento di un suo limite cognitorio (in maniera non differente da quanto si verifica nel caso di attività tecnicamente complessa, con ricorso alla consulenza tecnica).

Poiché, tuttavia, di un limite cognitorio si tratta, deve anche ritenersi possibile, per il giudice, non procedere in tal senso, ogniqualvolta via sia, del pari, un'esigenza procedurale in senso contrario; ogniqualvolta, cioè, le attività in

questione debbano reputarsi eccessivamente complesse e gravose sotto il profilo procedimentale. In tale ipotesi, deve considerarsi quindi consentito al giudice di limitarsi a fare riferimento ad una particolare consistenza della situazione giuridica in questione (non andando oltre, cioè, il suo livello di staticizzazione, quale portato in giudizio), e adottare, corrispondentemente, una sentenza parziale su di essa.

Inoltre, per gli stessi motivi, l'eventuale inadempimento dell'Amministrazione non potrà essere valutato come mancata soddisfazione di un onere della prova addossato dal giudice, di cui non vi sarebbe alcuna corrispondenza sostanziale. Nell'evenienza descritta, semplicemente, il giudice dovrà procedere ad un adempimento coattivo, attraverso un commissario *ad acta*.

Tali considerazioni, si aggiunge ulteriormente, consentono di ottenere un collegamento tra la preclusione al riesercizio del potere e l'accertamento in ordine alla situazione giuridica del privato, e quindi della corrispondente situazione di potere. In questo modo, da un lato la preclusione può essere pienamente esaustiva; dall'altro, per il raggiungimento di tale scopo non è necessario ricorrere a meccanismi preclusivi che, risultando svincolati dall'accertamento, risultano essere più la conseguenza di una sanzione comminata all'Amministrazione (è questo il caso, evidentemente, della preclusione introdotta all'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990), che non l'effettiva corrispondenza, in chiave processuale, di ciò che effettivamente spetta nella realtà sostanziale.

b) Si noti peraltro, a proposito dell'esaustività dell'accertamento, che, anche nell'ipotesi in cui rimanga parziale, esso sarebbe comunque rivolto (ancorché, appunto, in maniera parziale) alla situazione giuridica, e non invece ai singoli fatti che vengono in esame davanti al giudice. L'accertamento riguarda, cioè, come detto, la situazione giuridica nel suo livello di staticizzazione, e come tale risulta idoneo a coprire gli elementi vincolati della fattispecie, ed eventualmente quelli afferenti ai profili discrezionali già 'staticizzati'. Tali aspet-

ti, pertanto, non potranno essere rimessi in discussione, in quanto coperti dal giudicato, rispetto al quale vale la regola del dedotto e del deducibile.

Rispetto ad un accertamento parziale va anche evidenziato come la duplicità dimensionale a cui si è fatto riferimento rivesta particolare rilievo in ordine all'esecuzione della relativa sentenza. Sotto l'aspetto sostanziale, infatti, non vi è dubbio che l'attività successiva al giudicato possa considerarsi quale attività di esecuzione della situazione accertata al suo livello di staticizzazione; come tale, essa ben può essere demandata ad un commissario *ad acta*, quale ausiliario del giudice nell'esecuzione, senza incorrere nelle tradizionali problematiche che si registrano sul punto. Sotto il profilo della considerazione procedurale che riceve la discrezionalità non esaurita, la medesima attività viene però a consistere in un accertamento che porta all'ulteriore staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie, rendendo possibile l'accertamento giudiziale della relativa situazione giuridica.

In questo senso, la consistenza normativa di detta situazione, nella caratterizzazione più volte spiegata, rende quindi possibile una soluzione che consente una duplice connotazione dell'attività successiva alla sentenza. L'attività successiva dell'Amministrazione, tanto se riferita ai profili coperti dall'accertamento parziale (profili vincolati e spazi esauriti di discrezionalità), quanto se afferenti ai profili relativi alla considerazione sostanziale dell'attuazione della situazione parzialmente accertata (profili discrezionali non spesi), sarà infatti conoscibile dal giudice dell'ottemperanza, in quanto concernente, in ogni caso, appunto l'attuazione della situazione giuridica parzialmente accertata riguardata sotto il profilo eminentemente sostanziale. Il sindacato giudiziale su detta attività rileverà, poi, anche quale accertamento giudiziale sulla parte della situazione non coperta dal precedente accertamento parziale, in considerazione della caratterizzazione procedurale della situazione in questione. Tale soluzione, in ragione appunto della duplicità dimensionale in cui si inserisce, può così ricevere riscontro senza esporsi ad ibridismi, che invece necessariamente caratterizze-

rebbero una ricostruzione che rimanga ancorata ad una prospettiva monodimensionale, come quella tradizionale.

In conclusione, può dirsi dunque che la consistenza normativa della situazione giuridica che viene in questione, nella ricostruzione che si è ritenuto di dover effettuare, seguendo argomentazioni di teoria generale e di diritto positivo, risponda ai quesiti posti all'inizio della trattazione, e consenta, per tale via, un più congruente inquadramento delle situazioni giuridiche dei privati rispetto al potere amministrativo. Attraverso la compiuta individuazione dei termini e della consistenza di queste ultime, risulta così possibile pervenire anche ad una più precisa declinazione dell'assetto processo amministrativo, e quindi all'effettivo dispiegarsi della tutela giurisdizionale nei rapporti tra potere amministrativo e privati.

FRANCO GAETANO SCOCA

Professore Emerito di diritto amministrativo presso la Sapienza Università di Roma

fg.scoca@studiosco.ca.it

**MINUSCOLO CONTRIBUTO ALLA DISCUSSIONE SULLE
TESI DI ANDREA CARBONE**

**TINY CONTRIBUTION TO THE DISCUSSION OVER ANDREA
CARBONE'S THESES**

SINTESI

L'autore commenta il contributo di Andrea Carbone, evidenziandone gli aspetti di originalità e quelli che non condivide.

ABSTRACT

The author comments on Andrea Carbone's essay, highlighting its original aspects and those he does not agree with.

PAROLE CHIAVE: pubblica amministrazione; potere amministrativo; discrezionalità amministrativa; accertamento del fatto; poteri del giudice.

KEYWORDS: public administration; administrative power; administrative discretion; factual verification; judicial powers.

INDICE: paragrafo unico

Nel saggio sul potere e le situazioni soggettive Andrea Carbone prende in considerazione ed analizza attentamente il modo di produzione giuridica tipico del diritto amministrativo.

In un panorama concettuale vasto e complesso, con un tessuto argomentativo calzante, ma non sempre lineare, o, meglio, non semplice da seguire, utilizzando un linguaggio sintatticamente impegnativo, Andrea Carbone ha esposto le sue tesi originali e interessanti. Ha preso in esame la dinamica giuridica, precisamente il modo in cui si svolge il potere, di cui è titolare l'amministrazione, per giungere alla decisione e al provvedimento, inteso come atto precettivo.

Oggetto centrale del corposo contributo è, pertanto, la descrizione della funzione, che viene intesa nel senso proposto da Feliciano Benvenuti, ossia

come “attività di trasformazione del potere in atto” (§ 8). Viene posto in rilievo che la decisione si differenzia dal provvedimento; e questo è convincente. Meno convincente, forse, è il separato riferimento della decisione alla funzione e del provvedimento al potere, come se potere e funzione fossero concetti non interconnessi, e non rappresentassero l'uno la situazione soggettiva e l'altra l'attività di svolgimento della situazione medesima. Altrove, infatti, si rammenta che la funzione è definibile come “attività di trasformazione del potere in atto”; o la si definisce come “concretizzazione del potere all'interno del processo di produzione normativa”.

Attenzione particolare viene posta sulle situazioni giuridiche soggettive che intervengono e si spendono nel ciclo della produzione giuridica di tipo autoritativo, ossia caratterizzata da atti unilaterali aventi fisiologicamente effetti sul patrimonio giuridico (o nella sfera giuridica) di altri soggetti. Tali situazioni soggettive sono, anche per Carbone, il potere, dal lato dell'autorità, e l'interesse legittimo, dal lato del o dei privati.

Il potere viene inteso, appunto, come situazione giuridica soggettiva, rifiutando le teorie che lo concepiscono come un elemento oggettivo; e si afferma che trova il suo presupposto nella capacità, anzi in una capacità speciale, nella capacità di produrre unilateralmente effetti nella sfera giuridica altrui.

A mio avviso è da dubitare che, per spiegare questa caratteristica del potere autoritativo, sia necessario ricorrere alla nozione di capacità, ipotizzando la sussistenza di una capacità speciale; che sia necessario, cioè, rapportare ciò che esprimiamo con l'aggettivo “autoritativo” non al potere, ossia alle caratteristiche di tale situazione soggettiva, bensì al suo presupposto, alla capacità, qualificandola come speciale; come se si trattasse di una capacità “autoritativa”. A me sembra che la nozione di situazione soggettiva sia perfettamente idonea a “sostenere” il carattere autoritativo, e che riferire tale carattere alla capacità sia inconferente con tale nozione, che attiene alle qualità proprie del soggetto. Mi

sembra, anzi, una complicazione inutile e, come tale, da evitare sul piano della logica teorica.

Resta perplessità anche la identificazione, che, per quel che ho capito, vien fatta della capacità, anzi delle capacità, con gli status del soggetto giuridico. Trovo più armonico inquadrare gli status tra le situazioni soggettive anziché come forme di capacità: ovviamente se si ritenga che le situazioni giuridiche non si limitino all'*agire* e all'*avere* del soggetto, ma si estendano anche al suo *essere*. Per fare un esempio, lo status di cittadino si spiega più facilmente, direi naturalmente, come una situazione giuridica attinente al suo essere che non come una sua capacità (speciale). Tuttavia ritengo che le opinioni su questo delicato tema possono essere validamente diverse.

Nella dinamica giuridica vengono in considerazione le situazioni giuridiche dell'*agire*, in primo luogo il potere, che esattamente non viene contrapposto al dovere, al quale invece si accompagna, soprattutto nella dinamica giuridica di diritto amministrativo.

Quanto alla situazione soggettiva di cui è (può normalmente essere) titolare il privato che si trova di fronte, nella (o per la) soluzione di quello che Ledda chiama il problema amministrativo, l'autorità fornita di potere, nel contributo esaminato (assai ben documentato), si dà atto che la dottrina è pervenuta a liberare l'interesse legittimo dall'"abbraccio" soffocante con l'interesse pubblico, che negli effetti lo annientava, negandolo come situazione soggettiva propriamente intesa. Si dà atto anche di un altro poderoso risultato definitivamente acquisito in dottrina, cioè dell'estraniamento della nozione di legittimità dal contenuto (o dall'oggetto) dell'interesse legittimo. Con ciò ottenendosi il riconoscimento che la situazione giuridica di cui il privato è titolare, e che esercita nel procedimento decisionale, ha (può avere soltanto) alla sua base concreti interessi (materiali, in senso comprensivo) del suo titolare (e non interessi dell'amministrazione o interessi astratti).

Ritengo sostanzialmente esatta l'esposizione compendiosa dello stato cui è giunta la dottrina sulla nozione di interesse legittimo, quale si ricava dal § 2 del contributo esaminato, ma preferisco riportarmi (me lo si conceda) alla definizione che ne ho a suo luogo dato: l'interesse legittimo, come situazione giuridica soggettiva, è interesse all'esito favorevole dell'esercizio del potere precettivo altrui (in particolare, nell'ambito del diritto amministrativo, dell'amministrazione pubblica), tutelato mediante facoltà di collaborazione dialettica, dirette ad influire sul merito della decisione (precetto) finale, esperibili lungo tutto il corso dell'esercizio del potere (o dello svolgimento della funzione).

Divergendo da tali risultati, nel contributo esaminato si afferma che l'interesse legittimo dovrebbe configurarsi non come "interesse" (giuridicamente riconosciuto e tutelato), ma come pretesa "rivolta nei confronti del soggetto a cui è attribuito il potere, rispetto a quanto giuridicamente garantito"; specificandosi che "quanto giuridicamente garantito" varia secondo il carattere vincolato o discrezionale del potere, così che la configurazione dell'interesse legittimo come pretesa "prescinde dal carattere vincolato o meno del potere stesso, solo affermandosi che, nell'ipotesi di potere discrezionale l'interesse materiale del privato non coincida con l'oggetto della protezione giuridica".

Non ritengo (di per sé e salvo quanto osserverò tra breve) erroneo che la situazione giuridica del privato venga ricostruita in termini di "pretesa", ma tale indicazione sembra inserirsi in una prospettiva che premia il profilo dell'esercizio della situazione soggettiva: nel momento in cui il privato si rivolge all'amministrazione, si può dire che faccia presente una sua pretesa, salvo precisarne l'oggetto. Tuttavia ritengo che il contenuto dell'interesse legittimo sia (e rimanga) l'interesse materiale (pregiuridico) del suo titolare; consista, cioè, in qualcosa che sia omogeneo con l'interesse o gli interessi pubblici che il potere è finalizzato a portare a soddisfazione; con tali interessi esso (l'interesse privato) deve, attraverso la collaborazione procedimentale (la partecipazione al procedi-

mento di elaborazione della decisione), venire a comporsi in ciò che viene chiamato “interesse pubblico concreto”.

Dice bene Carbone quando assume (§ 8) che l'interesse pubblico non è una “entità a priori, contrapposta all'interesse del privato”, ma “diviene oggetto di determinazione (...) attraverso la prospettazione di tutti gli interessi in gioco”, anche degli interessi privati. Così dicendo, mi sembra che si confermi che il privato introduca nello “svolgimento dell'azione amministrativa” proprio il suo interesse, niente più che il suo interesse.

In base a questa considerazione, valutando cioè come forma di collaborazione il rapporto che si instaura tra amministrazione e privati nell'ambito del procedimento al fine di giungere alla decisione finale, ossia alla regola del nuovo assetto di interessi, non mi sembra giustificato il rifiuto del carattere “dialogico” dell'interesse legittimo: si dimentica, o si sottovaluta, che esso consiste in (o è tutelato attraverso) una serie di facoltà di interlocuzione con il titolare del potere, nella fase in cui il potere viene esercitato; facoltà finalizzate all'ottenimento, ove giuridicamente possibile, una decisione (e un provvedimento) favorevole.

L'idea della “pretesa” mi porta a pensare che si sia sopravvalutata la somiglianza del procedimento amministrativo al processo giurisdizionale, tanto che si descrive il primo come “processo di produzione normativa” (§ 8); ma, nel processo, l'interesse legittimo (non è la pretesa, ma) si pone come il fondamento sostanziale della pretesa processuale. Non mi sembra che definirlo, sul piano procedimentale, come pretesa “nei confronti del soggetto a cui è attribuito il potere, rispetto a quanto è giuridicamente garantito” (§ 2) ne chiarisca meglio la consistenza: ne sottolinea l'aspetto formale, con ciò stesso sminuendo l'aspetto sostanziale, che è quello di influire sul *merito* della decisione finale.

D'altronde pretendere ciò che “è giuridicamente garantito” non corrisponde a pretendere il “conseguimento dell'utilità finale”, dato che questa dipende non (solo) dalla legge ma (anche) dall'esercizio del potere (o, se si prefe-

risce, dallo svolgimento della funzione). Nel procedimento amministrativo si elabora la decisione, di determina cioè un nuovo assetto di interessi; nel processo giurisdizionale si accerta quale sia un (già) dato assetto di interessi.

Sono convinto che l'interesse legittimo non sia, anzi non possa essere la pretesa al conseguimento dell'utilità finale, dato che questo risultato non è affatto garantito dall'ordinamento, a meno che si risolva l'interesse legittimo, smi- nuendone peraltro la consistenza, in una situazione giuridica soggettiva di carattere esclusivamente "procedurale" (§ 11). Se, viceversa lo si concepisce come situazione "a rilievo sostanziale" (ivi), mi sembra ingiustificato considerarlo come pretesa alla utilità finale: tale utilità, non essendo garantita (dipende infatti dall'esercizio del potere, dal contenuto della decisione), non si presta ad essere l'oggetto di una pretesa.

In definitiva, mentre sono apprezzabili la documentazione e l'andamento argomentativo del contributo di Andrea Carbone, non mi sembra che siano convincenti i risultati cui esso giunge.

VINCENZO CERULLI IRELLI

Professore Emerito di diritto amministrativo presso la Sapienza Università di Roma

vincenzo.cerulliirelli@uniroma1.it

VERSO NUOVI ASSETTI DEL POTERE AMMINISTRATIVO E DELLA TUTELA DELLE SITUAZIONI PROTETTE?

TOWARDS NEW CONCEPTIONS OF THE ADMINISTRATIVE POWER AND THE JUDICIAL PROTECTION OF INDIVIDUAL POSITIONS?

SINTESI

L'amministrazione come funzione di governo, si svolge secondo molteplici strumenti, dai negozi giuridici di diritto privato alle operazioni materiali, alle prestazioni e ai servizi. Essa si svolge anche mediante l'esercizio del potere, attraverso un procedimento puntualmente disciplinato dalle norme stabilite a pena di invalidità. A volte le norme impongono, perché il potere possa tradursi in atto attraverso il procedimento, semplicemente l'accertamento di determinati fatti, anche tecnicamente complessi (cd. discrezionalità tecnica); altre volte richiedono, invece, valutazioni di tipo discrezionale. In questa seconda ipotesi si pone il "problema amministrativo", secondo la corretta terminologia di Carbone, il problema, cioè, della definizione della regola del caso concreto. La decisione del problema deve trovare la sua compiutezza nel procedimento, ovvero, nel caso ciò non avvenga, a seguito dell'ordine del giudice, attraverso il processo. La regola di diritto sostanziale sulla definizione e conclusione del procedimento ridonda quindi in una regola di diritto processuale circa la definizione del giudizio mediante l'accertamento di ogni aspetto concernente la situazione controversa.

ABSTRACT

This paper analyses a conceptual model that could bring an administrative decision to be solved in the administrative procedure, or, in case this condition is not satisfied, in its judicial review.

PAROLE CHIAVE: pubblica amministrazione; potere amministrativo; discrezionalità amministrativa; accertamento del fatto; poteri del giudice.

KEYWORDS: public administration; administrative power; administrative discretion; factual verification; judicial powers.

INDICE: 1. Brevi riflessioni sull'esercizio del potere amministrativo, suggerite dalla lettura del saggio di A. Carbone. 2. L'esercizio del potere attraverso il procedimento. 3. L'accertamento dei fatti nell'ambito del procedimento e il pieno controllo del giudice. 4. Le valutazioni discrezionali. 5. Considerazioni conclusive. La regola di diritto sostanziale e quella di diritto processuale.

1. Brevi riflessioni sull'esercizio del potere amministrativo, suggerite dalla lettura del saggio di A. Carbone

Il saggio di A. Carbone, qui pubblicato in forma abbreviata, preannuncia un secondo volume dedicato ai risvolti processuali della tematica del potere amministrativo e delle situazioni soggettive protette in diritto amministrativo. Il saggio suscita osservazioni e riflessioni sulla problematica centrale della scienza del diritto amministrativo, quella che sin dall'origine (fine Ottocento) ha costituito il corpo principale della elaborazione di detta scienza, i modi dell'esercizio del potere (ingabbiare l'autorità in vincoli e limiti, *taming Administration by the Law*) e le sue relazioni con i cittadini (all'origine, ancora sudditi) come rapporti giuridici, contrappuntati da reciproche posizioni giuridicamente rilevanti e azionabili in sede giurisdizionale¹.

Questa problematica non è ovviamente la sola, oggetto della nostra scienza, ma certo la principale, come quella più direttamente coinvolta dall'obiettivo, tipicamente moderno, di inquadrare l'azione di governo nei principi dello Stato di diritto, principi che si rafforzano e si specificano nello Stato costituzionale di diritto. È nell'ambito di questi principi che lo studio di Carbone, come altri coevi, si situa, nella tensione, quasi drammatica, di collocare tutto l'esercizio dell'azione di governo, tutta l'amministrazione, nell'ambito di un fenomeno giuridico.

¹Dato il carattere discorsivo del presente contributo, esso è privo di note e le singole norme non sono puntualmente indicate. Ma è ovvio il riferimento alla legge n. 241/90 e successive modificazioni e interpretazioni (sino alla "novella" citata del 2020); nonché al Codice del Processo amministrativo del 2010.

Costruire i rapporti amministrativi (quelli che si confrontano con l'esercizio del potere) sulla falsariga dei rapporti di diritto privato, cioè come rapporti giuridici *in toto*, fu l'indirizzo metodologico della nuova scuola, un obiettivo quasi irraggiungibile, nella consapevolezza che il potere cerca sempre di sfuggire al diritto, che al di là dei confini del diritto, c'è il mistero del potere, la forza del potere. C'è uno *spazio* dell'azione di governo che solo nell'ordinamento costituzionale, con sforzi sempre crescenti della giurisprudenza e della dottrina, viene progressivamente ma non totalmente, portato dentro i confini della piena legalità (come sottoposizione alla legge, ma soprattutto al controllo pieno della giurisdizione).

2. L'esercizio del potere attraverso il procedimento

L'amministrazione come funzione di governo, si svolge secondo molteplici strumenti, dai negozi giuridici di diritto privato alle operazioni materiali, alle prestazioni e ai servizi, ma si svolge anche (si direbbe nel modo più tipico) mediante l'esercizio del potere che si traduce nell'adozione di atti dotati di una particolare efficacia (la c.d. autorità intesa in senso tecnico, come attitudine alla produzione degli effetti senza il consenso dei destinatari). Quest'area dell'amministrazione è disciplinata da norme e principi di diritto pubblico (il diritto amministrativo nel suo nucleo fondamentale) e perciò cogenti, nelle cui maglie il potere deve esercitarsi e confrontarsi con le posizioni di coloro che di detto esercizio sono chiamati a subire, direttamente (i destinatari) o indirettamente (i terzi) gli effetti (vantaggiosi o svantaggiosi).

Anzitutto, opera il principio di attribuzione (centrale nella costruzione dello Stato di diritto). I poteri sono conferiti dalla legge (dalle norme dell'ordinamento vigente) a determinati soggetti (le autorità amministrative), definendone l'oggetto, i modi dell'esercizio, gli effetti. Si tratta di *capacità speciali* (per distinguerle dalla capacità generale, in termini soggettivi e oggettivi, che spetta ad ogni soggetto dell'ordinamento secondo il diritto comune). L'esercizio del potere, ove se ne verificano i presupposti di legge, è *fatto doveroso*, vorrei dire ob-

bligatorio; ma solo sulla base di detti presupposti, la cui sussistenza deve essere puntualmente accertata, ch  altrimenti l'esercizio del potere ridonda in abuso, e gli atti che vengono adottati sono colpiti dalla sanzione della nullit  o dell'annullabilit .

Faccio mia, sul punto, l'espressione di Carbone. L'esercizio del potere individua "una modalit  deontica di un atto precettivo, concretamente sussistente in capo ad un soggetto qualora siano *fattualmente integrati* gli elementi richiesti dalla norma sulla produzione (giuridica) perch  l'effetto precettivo possa essere legittimamente prodotto".

In sostanza, il potere come capacit  si traduce in *situazione soggettiva* nell'ambito di un rapporto con i soggetti coinvolti. Il rapporto si svolge nell'ambito di un procedimento, come il luogo nel quale l'esercizio del potere via via si concretizza in successivi atti (nonch  in fatti e comportamenti) sino a giungere all'atto finale, produttivo degli effetti.

L'idea che l'esercizio del potere si svolga in tal modo, attraverso un procedimento puntualmente disciplinato dalle norme, contrappuntato di atti tutti giuridicamente rilevanti (come rilevante   l'attivit  nel suo complesso),   un'idea tipicamente moderna. Nelle precedenti fasi della disciplina, le norme spesso si limitavano alla mera attribuzione del potere alla singola autorit  amministrativa; da cui la centralit  del vizio di incompetenza come vizio di legittimit  degli atti amministrativi, nella prima fase del diritto amministrativo, a partire dall'esperienza rivoluzionaria.

3. L'accertamento dei fatti nell'ambito del procedimento e il pieno controllo del giudice

La fattispecie dell'esercizio del potere   dunque in larga misura (pi  o meno larga) contrappuntata di norme (elementi rigidi della fattispecie) che debbono essere rispettate (eseguite) a pena di invalidit . A volte le norme impongono, perch  il potere possa tradursi in atto attraverso il procedimento, semplicemente l'accertamento di determinati fatti (lo *status* di persone, lo stato di de-

terminate cose) cui l'Amministrazione procedente deve provvedere, e a seguito del quale, viene adottato l'atto produttivo degli effetti. In questi casi (c.d. poteri vincolati) non residuano margini di discrezionalità (di apprezzamento, di scelta) in capo all'Amministrazione procedente. La valutazione dell'interesse da curare mediante l'azione concreta (l'esercizio del potere) è dislocata a monte, per così dire, è una valutazione legislativa.

All'Amministrazione procedente è conferito un compito di mero accertamento, che tuttavia a volte si intrica in valutazioni complesse, nell'applicazione di discipline tecniche (c.d. discrezionalità tecnica). Ma in tali casi si tratta, sempre, di accertamento di fatti (pur se complessi), come un dato per definizione controllabile alla stregua dell'ordinamento (segnatamente, per opera del giudice, se contestato). Anche in tali casi l'esercizio del potere dà luogo ad un rapporto con i soggetti coinvolti (che dall'accertamento di quei fatti si attendono il beneficio previsto dalla legge ovvero dall'accertamento di quei fatti temono conseguenze pregiudizievoli). Detti soggetti producono nell'ambito del procedimento la loro ricostruzione dei fatti, allegando i necessari documenti, o ne contestano la ricostruzione affacciata dall'Amministrazione. Ma è esclusa in principio, in tali casi, da parte dell'Amministrazione procedente, la valutazione dell'assetto degli interessi in gioco (quindi non c'è discrezionalità), che è definita a monte (è un limite esterno all'esercizio del potere).

La posizione giuridica dei soggetti coinvolti nell'operazione di esercizio del potere è piuttosto rapportabile a una situazione di diritto soggettivo. La legge attribuisce loro la pretesa al provvedimento favorevole, alla prestazione; anche se non automatica tuttavia, perché intramezzata dall'accertamento dei fatti, riservato all'Amministrazione. Detto accertamento è oggetto di "controllo" da parte del giudice, ordinario o amministrativo, a seconda della situazione soggettiva della quale si chiede tutela (non sempre configurata come diritto soggettivo nonostante l'assenza di discrezionalità in capo all'Amministrazione). E si tratta, per definizione, di un controllo pieno (almeno nella più recente esperienza)

perché l'accertamento dei fatti compiuto dall'Amministrazione, dev'essere veritiero, e ciò il giudice è tenuto ad accertare, usando degli strumenti procedurali previsti.

4. Le valutazioni discrezionali

Diversa si presenta la fattispecie dell'esercizio del potere laddove esso si svolge sulla base di valutazioni discrezionali (con margini più o meno ampi, a fronte degli elementi rigidi della fattispecie) al fine dell'adozione dell'atto finale e della connessa determinazione degli effetti.

È sotto questo aspetto, che si svolge l'analisi del potere (e delle correlate situazioni soggettive) nella ricerca di Carbone. Invero, l'ambito dell'amministrazione discrezionale si è andato vieppiù riducendo nell'esperienza recente dei nostri ordinamenti, per la sempre più pervasiva presenza della normazione procedimentale, anche di fonte europea, per il frequente uso di atti di autolimitazione, di atti generali e di programmazione, che limitano a monte la discrezionalità dell'Amministrazione nell'esercizio del potere.

Ma la discrezionalità (anche nella sua dimensione più ampia) tuttavia permane in molteplici casi nella realtà complessa dei nostri ordinamenti. In questi casi, l'esercizio del potere si incardina nella valutazione dell'assetto degli interessi in gioco, non solo interessi "privati" a fronte di interessi "pubblici", ma interessi pubblici tra loro contrastanti, a volte senz'altro contrapposti, fatto questo reso più eclatante per il carattere pluricentrico (più livelli di governo garantiti dalla Costituzione nelle loro competenze) che ha assunto il nostro assetto di governo. Spesso la definizione della "regola del caso concreto", la stessa definizione del fine da perseguire, diventa opinabile e perplessa, e tuttavia ad una decisione l'esercizio del potere deve arrivare, nella cura degli interessi della collettività e nel rispetto delle situazioni protette.

In questi casi, l'esercizio del potere, la formazione della decisione (o della non decisione) cioè della definizione finale circa l'assetto degli interessi e la conseguente produzione degli effetti, avviene secondo modalità complesse, atti

fatti e comportamenti che si susseguono, attraverso la partecipazione spesso contrapposta, dei diversi soggetti (“pubblici” e “privati”) portatori degli interessi.

Il “problema amministrativo” (secondo la corretta terminologia di Carbone) dovrebbe trovare anche in questi casi soluzione nell’ambito del procedimento. L’esercizio del potere a questo è propriamente chiamato, a decidere in concreto, in un modo o nell’altro, in termini positivi o negativi (se si tratta di decidere in ordine ad una domanda presentata ai sensi di legge). Anche se in questi casi la regola del caso concreto, appunto, quella che deve tradursi nella decisione, non è effettivamente predeterminata, viene ad essere in concreto costruita nell’ambito del procedimento. E ciò necessita di successivi progressivi passaggi in esito ai quali la discrezionalità via via si determina nei suoi elementi (si *staticizza*, direbbe Carbone), si concretizza nei diversi momenti (atti) della vicenda procedimentale, attraverso la valutazione degli interessi, necessaria ai fini del decidere. In tal modo, attraverso il procedimento il potere si traduce in atto, dà luogo alla produzione degli effetti, la cui consistenza (nell’ambito che residua dagli elementi rigidi della fattispecie) deriva dalla scelta (tra le diverse soluzioni possibili del problema amministrativo) concretamente formatasi attraverso i successivi passaggi procedurali.

4.1. Prima di tutto, l’accertamento dei fatti, nella loro realtà e verità, che costituiscono il presupposto (la base conoscitiva) che sorregge una determinata scelta piuttosto che un’altra. In secondo luogo, la valutazione degli interessi in gioco, che devono essere acquisiti al procedimento, per iniziativa dei soggetti coinvolti (laddove si tratta di interessi “privati” e anche collettivi), e per iniziativa *doverosa* dell’Amministrazione procedente, laddove si tratta di interessi “pubblici” di cui sono portatrici diverse pubbliche Amministrazioni o soggetti equiparati, che non possono non essere coinvolti nel procedimento (come espressamente stabilito nella disciplina della conferenza dei servizi). Attraverso il confronto tra le diverse posizioni l’assetto degli interessi deve trovare compiuta de-

finizione, seguendo le regole del procedimento (come quella appena richiamata) e secondo i principi ormai consolidati (e costituzionalizzati), che reggono l'esercizio della discrezionalità, dall'imparzialità, alla proporzionalità, alla ragionevolezza, etc.; il cui rispetto è sempre controllabile in sede giurisdizionale.

L'azione amministrativa è sempre finalizzata, perché azione servente di cura di interessi altrui, di interessi della collettività (si tratta di uno dei principi fondanti lo Stato di diritto, rafforzato nell'ordinamento costituzionale). Essa è tenuta a proseguire "i fini determinanti dalla legge", come ci ricorda la legge generale sul procedimento. Ma nei casi nei quali si scontra una pluralità di interessi in cerca di un assetto definitivo nell'ambito del problema amministrativo in oggetto, non si rinviene, appunto, una pre-definizione normativa del fine da perseguire.

Il fine da perseguire in concreto si forma come momento fondamentale di esercizio della discrezionalità, che, nella società complessa, non è mera ponderazione comparativa di interessi da parte dell'autorità amministrativa titolare del potere (come una sorta di esercizio dialettico, meramente logico, si direbbe), ma è il frutto dello scontro degli interessi, che può trovare composizione (si direbbe, stipulativa) solo sulla base delle regole del procedimento. Dallo scontro e seguendo dette regole, si concretizza caso per caso il fine della singola azione amministrativa, prevalendo l'uno o l'altro (la tutela del paesaggio o lo sviluppo economico di una determinata zona?), tra quelli compresi tra i fini perseguibili alla stregua dell'ordinamento (spesso ancorati a valori costituzionali, gli uni e gli altri).

4.2. Nell'ambito del procedimento, come s'accennava (ed è questo il punto che sta a cuore alla riflessione di Carbone) la valutazione degli elementi discrezionali della fattispecie dovrebbe risultare esaustiva. Ciò comporta che detti elementi dovrebbero essere valutati (accertati prima, nella loro sussistenza fattuale) in modo che la decisione finale sia in astratto idonea a chiudere la fattispecie stessa.

In tal modo, i portatori degli interessi protetti (coloro che aspiravano al bene e sono stati soddisfatti con il provvedimento, coloro che si opponevano all'adozione del provvedimento) nonché i portatori di interessi "pubblici" esprimenti una posizione dissenziente rispetto a quella dell'Amministrazione precedente, potrebbero veder definita la rispettiva situazione, al fine di goderne, o di contestarne la formazione (ove si tratta di provvedimento per loro lesivo) davanti al giudice: una situazione, definita in sede procedimentale, che, se contestata, potrebbe essere idonea ad essere definita, a sua volta, in termini positivi o negativi per i soggetti che la contestano, in sede giurisdizionale; salvo che la decisione amministrativa risulti *in concreto* non esaustiva, come si dirà.

Invero, ancorando pienamente questa problematica ai principi costituzionali, si può configurare l'esercizio del potere discrezionale e il correlativo rapporto che si instaura con i soggetti portatori delle situazioni protette, in una prospettiva, appunto, *deontica*, come azione chiamata doverosamente a svolgersi, e a concludersi, in tal modo.

Se l'interesse legittimo si configura come pretesa all'utilità finale (all'adozione del provvedimento favorevole), che deve essere soddisfatta ove ne sussistono le condizioni di legge (che l'Amministrazione è tenuta ad accertare puntualmente), si può affermare che in capo all'Amministrazione precedente (nell'esercizio del potere) sussiste l'obbligo di definire compiutamente la situazione che si è aperta con l'avvio del procedimento. La legge generale sul procedimento appare invero orientata in tal senso, laddove afferma l'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento nel termine stabilito, "con provvedimento espresso", a seguito di un'istruttoria che individui i presupposti che ne sorreggono l'adozione. A fronte di una legittima domanda di parte, ciò comporta che l'Amministrazione debba decidere, una volta espletate le incombenze dell'istruttoria (principio della completezza dell'istruttoria), mediante l'acquisizione e la valutazione dei fatti e degli interessi coinvolti. Invero, appare del tutto conforme ai principi, che il "provvedimento espresso" previsto dalla

norma, vada inteso come il provvedimento compiuto sulla situazione oggetto dell'esercizio del potere (comunque essa ne risulti conformata).

Quel che la legge generale prevede, al fine di stabilire se il giudice possa conoscere della fondatezza della pretesa, in questa prospettiva tende a divenire norma generale dell'azione amministrativa; nel senso che "margini di discrezionalità" non dovrebbero restare; che l'istruttoria dovrebbe essere completata; che in conseguenza, e sempreché tali evenienze sia dato effettivamente in concreto riscontrare, il giudice potrebbe conoscere della fondatezza della pretesa (se conforme all'interesse pubblico concreto quale compiutamente e correttamente determinato nell'ambito del procedimento) ovvero della sua infondatezza (se non conforme all'interesse pubblico concreto ove non correttamente determinato nell'ambito del procedimento).

4.3. Nel caso in cui l'azione amministrativa non risulti però essersi svolta in tal modo, cioè risulti che l'istruttoria non è completa, o che vi sono elementi non considerati, o che comunque residuano ulteriori margini di discrezionalità non valutati (che, quindi, la decisione non sia, in concreto, esaustiva), al giudice, cui la questione è stata sottoposta, spetterebbe il potere di ordinare che il procedimento sia completato (anche mediante commissario *ad acta*?) entro un termine dallo stesso stabilito, perché possa procedere alla cognizione del provvedimento così definito, e quindi della fondatezza o meno della pretesa affacciata con la domanda di parte. Per tale accertamento il giudice ha bisogno di conoscere di tutti gli elementi della fattispecie, elementi rigidi ed elementi discrezionali.

Ove questo principio (dell'obbligatoria completezza della fattispecie di esercizio del potere amministrativo, si potrebbe dire) fosse accolto anche come principio di rango costituzionale, non ci sarebbe spazio per il c.d. *riesercizio del potere* dopo il relativo accertamento giudiziale. La situazione sarebbe in ogni caso definita una volta adottato il provvedimento definitivo a seguito dell'adempimento dell'ordine del giudice, se necessario, di "completare" il pro-

cedimento manchevole. Una nuova istanza di parte, a seguito dell'annullamento di un provvedimento di diniego e dell'adempimento del relativo ordine giudiziale, avrebbe uno spazio solo se avesse oggetto diverso e rappresentasse esigenze di tutela di interessi precedentemente non emersi. Insomma, si tratterebbe di nuovo e diverso esercizio di potere, e non di una riedizione del precedente.

L'annullamento giurisdizionale del provvedimento di diniego, e l'adempimento del conseguente ordine del giudice, si collegherebbero così all'accertamento della fondatezza della pretesa e quindi all'obbligatorio accoglimento della domanda di parte (se necessario, in sede di giudizio di ottemperanza, anche mediante la nomina di commissario *ad acta*).

La recente novella introdotta nella legge generale sul procedimento, circa il divieto posto all'amministrazione precedente di addurre (a seguito di annullamento di provvedimento di diniego) "per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato", si muove anch'essa, nella prospettiva della chiusura del procedimento non consentendo ulteriore emersione di elementi già considerati nell'istruttoria; ma non esclude la possibilità che in sede di riesercizio del potere emergano elementi nuovi (cioè già non emersi nell'istruttoria). E quindi non si può considerare una norma che modifica l'attuale assetto dell'esercizio del potere discrezionale nel senso indicato.

5. Considerazioni conclusive. La regola di diritto sostanziale e quella di diritto processuale

La ricostruzione affacciata (cui pervengo, consentendomi qualche libertà, dopo la lettura del saggio di Carbone) si traduce dunque in una regola di diritto sostanziale circa la definizione e la conclusione del procedimento, e in una regola di diritto processuale circa la definizione del giudizio mediante l'accertamento di ogni aspetto concernente la situazione controversa; e cioè, se questa attiene all'esercizio di poteri discrezionali, mediante l'accertamento degli elementi nei quali la fattispecie discrezionale avrebbe potuto articolarsi. Se qual-

che elemento manca, deve essere integrato al fine dell'accertamento giurisdizionale.

Entrambe le regole, invero, si possono ricavare dai dati positivi, secondo un'interpretazione evolutiva pienamente conforme ai principi costituzionali. Che ogni azione amministrativa debba concludersi senza lasciare... strascichi, come la legge generale afferma a chiare lettere (una legge troppo avanzata per la nostra amministrazione, aveva avvertito Benvenuti!), corrisponde non solo al pieno rispetto delle situazioni protette (diritti e interessi legittimi, equiparate in termini sostanziali), che devono conoscere compiutamente la loro sorte, ma anche al principio costituzionale del buon andamento, che necessita la conclusione di ogni "pratica" nei termini stabiliti e nella sua completezza (il fascicolo si apre e si chiude, e si archivia, non può restare sempre aperto!). Obbligo di concludere il procedimento, vuol dire (anche solo stando alla lettera!) obbligo di concluderlo compiutamente. Un'esigenza di buon andamento, quasi ovvia, minimale si direbbe.

Sul versante processuale, la regola annunciata appare ancor più necessaria per dare piena attuazione ai principi costituzionali (in punto, ancora, di buon andamento). A fronte della contestazione di un proprio atto, l'Amministrazione deve poter sapere, in termini definitivi, se ha agito bene o male e come debba agire (ciò che solo dalla decisione del giudice può essere stabilito con riferimento al caso concreto) senza margini di incertezza. Essa ha il compito di valutare gli elementi discrezionali della fattispecie, negli spazi di "libertà" consentiti dai vincoli propri della discrezionalità amministrativa (ragionevolezza, vincolo del fine, etc.), e il giudice, dal canto suo, di questa valutazione (con oggetto i predetti elementi) ha il compito di stabilire la legittimità (del singolo episodio di esercizio del potere in tutte le sue fasi), e l'eventuale incompletezza in concreto, con conseguente ordine di completamento, come detto.

Sul punto, si pone, com'è noto, il problema del limite, tradizionalmente consolidato nella nostra giurisdizione amministrativa, della cognizione del giu-

dice all'accertamento della fondatezza dei (soli) motivi di legittimità sollevati dal ricorrente (nell'azione di annullamento, che resta lo strumento principale di tutela). È ovvio che se questo resta l'oggetto della cognizione giurisdizionale, viene a sfumare la possibilità che il giudice conosca della fattispecie di esercizio del potere discrezionale nella sua interezza.

Ma al giudice amministrativo nell'ordinamento costituzionale è affidata la tutela delle situazioni protette. E l'interesse legittimo, si è detto, si identifica come pretesa (che può essere fondata o infondata) a una utilità finale, a un provvedimento favorevole.

E invero, il ricorrente porta davanti al giudice un episodio di vita, che consiste nel fatto che la sua pretesa è rimasta insoddisfatta da un episodio di esercizio del potere, chiedendo al giudice se essa doveva viceversa essere soddisfatta, deducendo le proprie ragioni (i motivi del ricorso). Per stabilire quanto richiesto (la legittimità o meno dell'episodio di esercizio del potere, ché se esso fosse avvenuto *jure*, la pretesa risulterebbe legittimamente insoddisfatta) è necessario che la vicenda contenziosa venga conosciuta nella sua pienezza; come del resto, lo stesso *Codice* annuncia nella sua norma fondamentale, laddove definisce le controversie di competenza del giudice amministrativo (le controversie di diritto pubblico) come quelle “concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo”, cioè una fattispecie complessa e totale, non frazionata nei suoi singoli elementi strutturali. Certo, il ricorso deve contenere “i motivi specifici su cui si fonda”, secondo la valutazione del ricorrente; ma la sua domanda di tutela cui il giudice è chiamato a rispondere, che deve trovare riscontro in virtù del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, non è l'accertamento della fondatezza dei motivi affacciati con il ricorso, ma l'accertamento della fondatezza della sua pretesa: doveva ottenere o no, quel che aveva chiesto, doveva subire o no la lesione che aveva subito?

Per rispondere a questa domanda di tutela, il giudice deve accertare tutti gli elementi della fattispecie controversa. Altrimenti, la domanda di tutela può trovare solo risposte parziali e sempre soggette a successivi ritorni.

MICHELE TRIMARCHI

Professore associato di diritto amministrativo – Università di Foggia

michele.trimarchi@unifg.it

**POTERE AMMINISTRATIVO E SITUAZIONI GIURIDICHE
SOGGETTIVE TRA DIRITTO SOSTANZIALE E PROCESSO.
QUALCHE OSSERVAZIONE**

**ADMINISTRATIVE POWER AND SUBJECTIVE LEGAL SITUATIONS
BETWEEN SUBSTANTIVE LAW AND PROCESS. SOME
OBSERVATION**

SINTESI

L'articolo discute la recente monografia di Andrea Carbone. In particolare, l'Autore svolge alcune considerazioni sulle persistenti difficoltà di concepire la pretesa al bene finale come oggetto del processo amministrativo

ABSTRACT

The Author discusses the recent monograph by Andrea Carbone and makes some considerations on the persistent difficulties in conceiving the claim to the final good as the object of the administrative judicial review.

PAROLE CHIAVE: potere, amministrazione, pretesa

KEYWORDS: power, administration, claim

INDICE: 1. Premessa – 2. Le situazioni giuridiche soggettive nel modello procedurale di accertamento – 3. Qualche possibile rilievo – 4. L'oggetto del processo – 5. Per concludere

1. Premessa

Il corposo saggio di Andrea Carbone pubblicato in questo numero di *P.A. - Persona e Amministrazione* è dedicato in larga parte alla sintesi del primo volume della Sua opera, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, Giappichelli, 2020¹.

¹I numeri tra parentesi nel testo si riferiscono alle pagine del dattiloscritto del saggio di Andrea Carbone pubblicato in questo numero di *P.A. - Persona e Amministrazione*.

La tesi di fondo del volume, ripresa nel saggio qui pubblicato, è che la situazione giuridica soggettiva del privato che si confronta con il potere amministrativo ha la consistenza di una vera e propria pretesa, avente ad oggetto l'utilità finale.

La ricostruzione è innovativa perché, come l'Autore osserva, le dottrine che concepiscono l'interesse legittimo come pretesa individuano per lo più l'oggetto della stessa in un bene strumentale, in particolare nella legittimità del provvedimento o nel provvedimento legittimo².

La posizione di Carbone si distacca anche da quella di chi autorevolmente costruisce l'interesse legittimo come pretesa al bene finale³. Secondo questo Autore infatti la pretesa sorge nel corso del procedimento, a valle dell'esercizio della discrezionalità da parte dell'amministrazione, mentre per Carbone essa sussiste già dall'avvio del procedimento.

Per sostenere che la pretesa ha ad oggetto il bene finale Carbone affronta con piglio innovativo il tema della discrezionalità amministrativa, rendendosi ben conto che sin qui, se nessuno ha concepito la situazione del cittadino nei termini da lui proposti, è perché l'esistenza di un margine di scelta in capo all'amministrazione sembra logicamente impedire di qualificare come vera e propria pretesa l'interesse del privato a che sia assentito quel che è solo uno tra gli assetti di interesse possibili.

2. Le situazioni giuridiche soggettive nel modello procedurale di accertamento

La strategia argomentativa di Carbone consiste nell'osservare che ciò che davvero caratterizza la funzione amministrativa non è che la scelta del criterio di preferenza sia rimessa all'amministrazione, bensì che l'attività decisoria,

²Per tutti, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, 105 ss., *passim*, e i successivi scritti dello stesso A. e della Scuola fiorentina citati da Andrea Carbone.

³G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. Amm.*, 2014, 479 ss.

nell'ambito della quale si determina quel criterio di preferenza, si svolga all'interno di uno schema procedurale dotato della sostanza del processo⁴.

Secondo l'Autore, «la previsione di un modello di accertamento, all'interno del quale si viene a collocare l'esplicazione della situazione giuridica di potere, è idonea ad ascrivere al modello stesso anche l'attività, differente, che caratterizza la scelta in ordine all'elaborazione del criterio di preferenza»⁵.

In altre parole, sussisterebbe «un'equiparazione procedurale, sotto il profilo normativo, tra la valutazione dei fatti, oggetto di verifica in ordine alla fattispecie, e degli interessi, oggetto di ponderazione in ordine alla elaborazione del criterio di preferenza; nel senso che quest'ultima attività viene normativamente ascritta alla prima sotto il profilo procedurale»⁶.

Tanto si desume dall'art. 8, l. n. 241 del 1990, il quale stabilisce tra l'altro che l'amministrazione nella comunicazione di avvio del procedimento deve individuare l'oggetto del provvedimento finale. Questa disposizione, infatti, presuppone «avvenuta una fase pre-procedimentale, la cui istruttoria abbia portato all'elaborazione della relativa proposta di decisione» e alla «determinazione, sia pur provvisoria, di un criterio di preferenza». Si comprende a questo punto perché l'attività valutativa sia formalmente ascritta alla modalità procedurale dell'accertamento: ciò avviene in quanto essa consiste in una «verifica in relazione ad una proposta di decisione»⁷.

⁴A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020, 443 ss.

⁵A. CARBONE, *Potere*, cit., 447.

⁶A. CARBONE, *Potere*, cit., 454. Scrive Carbone: «la previsione di un modello strutturale di accertamento [...] non può [...] richiamarsi al fine di fornire una descrizione della logica del processo decisionario» ma è «idonea a rilevare in altro senso, quale valore giuridico che l'ordinamento pone in ordine alla considerazione di una modalità di produzione del diritto. Si vuole sostenere cioè che, nel momento in cui risulti possibile rinvenire un modello di produzione incentrato sulla verifica del fatto rispetto alla norma, rispetto al quale riceve rilievo giuridico la sostanza processuale dell'attività, allora anche le ulteriori attività valutative, che rispetto all'accertamento siano strumentali o correlate, devono essere ascritte a tale modello strutturale. Ciò in quanto l'ordinamento, nel porre il modello, ha effettuato una precisa scelta di valore in ordine alle modalità di esplicazione del potere, fondando su di esse il profilo dinamico al potere afferente» (450).

⁷A. CARBONE, *Potere*, cit., 455. Da qui la conclusione: «la considerazione di una proposta di decisione da verificare, rispetto alla quale il criterio di preferenza è definito (o comunque si presuppone normativamente definito) in via provvisoria, comporta che la norma avente ad oggetto il criterio di preferenza debba essere considerata come giuridicamente già sussistente, nel suo assetto definitivo, ai fini della struttura normativa della funzione». «L'attività successiva, l'attività procedimentale, è, sempre sul piano di detta struttura normativa, attività di verifica della sussistenza della situazione giuridica [...] in questi termini, il modello normativo inquadra in una struttura di accertamento il processo di decisione [...]». Decisiva per l'elaborazione del pensiero dell'A. su questo punto appare la ricostruzione di A. ZITO, *Le pretese partecipative del*

L'Autore tiene peraltro a ribadire che la connotazione dell'intera attività decisoria come accertamento non comporta che dal punto di vista sostanziale l'elaborazione della regola di preferenza confluisca nell'attività di accertamento, in quanto ciò equivarrebbe a negare la discrezionalità. L'equiparazione del momento valutativo a quello dell'accertamento avviene soltanto «*a livello normativo in ordine al particolare assetto procedurale di riferimento; avviene, cioè, sul piano, appunto, procedurale, mantenendo intatta la considerazione sostanziale del poteres*»⁸.

Il dualismo tra la sostanza della decisione, che consiste nella determinazione della regola di preferenza da parte dell'amministrazione, e il modello procedurale della funzione, rappresentato dall'accertamento, si ripercuote sulla struttura delle situazioni giuridiche coinvolte, il potere amministrativo discrezionale e la situazione che vi si confronta⁹.

La discrezionalità comporta che la fattispecie normativa del potere discrezionale contenga un elemento elastico, suscettibile di staticizzazione tramite la determinazione definitiva del criterio di preferenza nell'ambito del procedimento. Tuttavia, la scelta di fondo che l'ordinamento ha compiuto per il modello procedurale di accertamento come modalità di esercizio del potere amministrativo comporta di dover ritenere, quantomeno sul piano del modello formale-astratto, che la norma definitoria del potere sia in ogni caso esistente e completa già all'avvio del procedimento: o in quanto posta in via astratta dalla legge (se l'attività è vincolata) o in quanto posta dalla stessa amministrazione nella fase pre-procedimentale (se l'attività è discrezionale).

L'elemento elastico del potere, quindi, «*è normativamente considerato già sussistente, pur nella sua elasticità, [...] all'avvio del procedimento, nel momento in cui, in altri termini, viene posta la domanda, la cui fondatezza deve essere verificata, attraverso un'attività normativamente ascritta ad un modello processuale di accertamento*»¹⁰. Di conseguenza, il procedimento si configura sempre — «*a prescindere, cioè dalla vincolatezza o meno*

privato nel procedimento amministrativo, Milano, 1996, 77 ss.

⁸A. CARBONE, *Potere*, cit., 455 s.

⁹A. CARBONE, *Potere*, cit., 456 ss.

¹⁰A. CARBONE, *Potere*, cit., 460.

della fattispecie della situazione giuridica di potere in ordine al criterio di preferenza [...]» — come un processo volto all'accertamento in concreto della sussistenza del potere¹¹.

Le prerogative discrezionali dell'amministrazione, secondo la tesi di Carbone, rilevano quindi come elementi elastici della fattispecie normativa del potere e si suppongono esistenti all'avvio del procedimento. La situazione giuridica del privato, che con il potere si rapporta, presenta la stessa struttura del potere, in quanto fa riferimento «*alla medesima fattispecie di produzione dell'effetto*»¹². Poiché la regola di preferenza si considera presupposta all'avvio del procedimento con la proposta di decisione (l'autoproposta nei procedimenti d'ufficio, oppure la proposta veicolata con l'istanza di parte), anche tale situazione sussiste sin dall'avvio del procedimento come pretesa al conseguimento del bene finale.

Rimane però il fatto che, dal punto di vista sostanziale, come l'elemento elastico del potere è destinato a staticizzarsi nel procedimento, così anche la pretesa del privato contiene un elemento destinato a staticizzarsi nel procedimento, corrispondente alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione: sicché la pretesa stessa risulta condizionata alla staticizzazione dell'elemento medesimo, che può portare all'accertamento positivo della stessa (il privato conseguirà il bene) o all'accertamento negativo (il privato non conseguirà il bene)¹³.

3. Qualche possibile rilievo

Secondo Carbone, come si è visto, il compimento delle valutazioni proprie della discrezionalità, volte come sono alla determinazione della regola di preferenza, è sostanzialmente ben altro che una semplice attività di accertamento, in quanto non è riconducibile ad un fenomeno di qualificazione normativa; tuttavia, dal punto di vista formale, esso andrebbe considerato normativamente assimilato all'accertamento medesimo, in quanto l'ordinamento avrebbe

¹¹A. CARBONE, *Potere*, cit., 456.

¹²A. CARBONE, *Potere*, cit., 461.

¹³A. CARBONE, *Potere*, cit., 517.

compiuto una scelta di fondo nel senso di configurare la funzione amministrativa come luogo di formazione della decisione secondo il modello procedurale dell'accertamento.

A fronte di questa prospettazione si può forse sollevare il dubbio che l'ordinamento abbia effettivamente assunto il modello dell'accertamento processuale come il congegno tecnico per la formazione della decisione amministrativa. Alla pregevole ricostruzione dell'Autore si potrebbe obiettare che, quando l'ordinamento rimette la sua attuazione ad una decisione discrezionale, il senso di questa scelta, proprio in quanto la discrezionalità è cosa diversa dall'accertamento, è esattamente l'opposto di quanto sostenuto nel volume; il senso, cioè, è di escludere l'accertamento come modalità di produzione dell'effetto giuridico (oppure, come è forse più realistico ritenere con riferimento alla azione amministrativa discrezionale, di adottare una soluzione intermedia, caratterizzata dalla compresenza di momenti di accertamento e momenti di scelta tra alternative valide).

D'altra parte, pure qualora si desse credito all'idea che la determinazione del criterio di preferenza avviene in una fase antecedente all'avvio del procedimento, come l'Autore propone di ritenere, ciò non sarebbe comunque in grado di conferire all'attività decisionale che si svolge a seguire il passo e il carattere dell'accertamento (o se si vuole della verifica della sussistenza della situazione giuridica), in quanto, come lo stesso Autore riconosce, il progetto di provvedimento formulato in sede pre-procedimentale non può avere più che il significato di una ipotesi, suscettibile dei più vari emendamenti e anche di smentita alla luce di opzioni valoriali (di preferenze) che si formano e si consolidano all'interno del procedimento, anche per effetto dell'apporto dei privati; e tutto questo, si badi, non attiene solo alla sostanza reale del processo decisionale, ma anche al suo modello normativo, atteso che l'intera disciplina del contraddittorio presuppone la possibilità che l'amministrazione cambi idea nel corso del procedimento.

Ora, se la scelta ordinamentale di predisporre un potere discrezionale fosse essenzialmente in antitesi con la configurazione della funzione come attività di accertamento, o comunque se fosse eccessivo ritenere che l'ordinamento abbia compiuto una scelta assiologica netta e indiscutibile verso questa modalità di attuazione, cadrebbe il postulato che induce l'Autore a ritenere possibile, anzi necessario, attrarre le valutazioni discrezionali alla logica accertamento, malgrado ne riconosca la differenza sul piano sostanziale.

Sotto un profilo concorrente, c'è da chiedersi se questa attrazione non sia comunque una forzatura, una volta che si sia riconosciuto che il *proprium* della discrezionalità risiede in una scelta di preferenza autonomamente operata dall'amministrazione. In altre parole, non si riesce fino in fondo a comprendere per quale ragione, e in base a quale principio giuridico, bisognerebbe accedere ad una così profonda scissione, come è quella che l'A. propone, tra la sostanza e la forma del processo decisionale; accedere cioè all'idea che, malgrado la discrezionalità amministrativa sia ben altro dall'accertamento, essa andrebbe considerata attratta dal diritto alla logica dell'accertamento medesimo.

La difficoltà di ricondurre le valutazioni discrezionali alla logica del puro accertamento non consente di seguire il successivo passaggio del ragionamento dell'Autore, che è quello di costruire la situazione giuridica che si confronta con il potere (la chiameremo, per brevità, interesse legittimo) come pretesa di carattere procedurale al bene finale, visto che tale costruzione della situazione giuridica soggettiva appare desunta dall'ambiente procedurale in cui l'Autore la colloca.

Del resto, è lo stesso Autore, quando si intrattiene sulla tutela giurisdizionale costitutiva, a distinguere i casi in cui la pretesa è rivolta alla adozione della sentenza in quanto tale dai casi in cui è rivolta alla determinazione dell'effetto favorevole all'attore, precisando che questa seconda ipotesi ricorre quando il convenuto ha mancato di esercitare sul piano sostanziale un potere soddisfattivo dell'attore (allora creditore), sicché quest'ultimo chiede in giudizio una sentenza

che tenga luogo dell'atto precettivo mancante. Poiché non è difficile accostare questa ipotesi all'attività vincolata della pubblica amministrazione, pare confermato che di una vera e propria pretesa avente ad oggetto il bene della vita non si possa parlare quando l'attività è discrezionale.

Sembra quindi realistico dar credito all'indicazione che si desume pianamente dal diritto positivo (art. 34, comma 3, 31, comma 3, c.p.a.): ovvero che dove vi è discrezionalità, non vi è, né può esservi, pretesa al bene finale. Questo assioma non può essere smentito neppure dalla più raffinata delle teorie, in quanto si impone non in ragione di una determinata dogmatica, bensì come ricaduta di una determinata distribuzione di compiti tra poteri dello Stato. Sulla quale tanto è stato detto e su cui non ha senso tornare in questa sede.

Le riserve espresse in relazione alla possibilità di concepire una pretesa del privato rivolta all'utilità finale si sciolgono in gran parte non appena si considerino le conclusioni che lo stesso Autore ha provvisoriamente raggiunto.

Ed infatti, come abbiamo visto, la pretesa al bene finale concepita da Carbone contiene una componente elastica che corrisponde alla valutazione discrezionale rimessa all'amministrazione (e quindi corrisponde alla componente elastica del potere) e addirittura impedisce al giudice, quantomeno in termini generali, di operare un pieno accertamento della pretesa medesima. Si tratta dunque di una pretesa condizionata alla individuazione da parte dell'amministrazione di una regola di preferenza favorevole al suo titolare.

In questi termini la costruzione proposta si pone a fianco di quella che individua come substrato sostanziale dell'interesse legittimo l'interesse materiale (al c.d. bene della vita, che non è altro se non l'effetto giuridico favorevole) e al contempo precisa che questo interesse è protetto secondo la modalità della sua possibile soddisfazione e non secondo la modalità della soddisfazione garantita¹⁴.

¹⁴È la tesi di Antonio Romano Tassone, illustrata da A. CARBONE, *Potere*, cit., 296-301, nel cui solco Andrea Carbone dichiara apertamente di porsi a p. 469.

La teoria di Carbone, pur non del tutto accettabile per le ragioni viste, contribuisce in modo significativo a sostenere questa prospettiva di ricerca: in quanto la pretesa al bene della vita dotata di una componente elastica, in fin dei conti, riflette la realtà di un interesse protetto, di cui però l'ordinamento non garantisce la soddisfazione.

La possibilità di concepire un interesse come oggetto di una situazione giuridica soggettiva anche se l'ordinamento non ne garantisce la soddisfazione, ma soltanto la considera possibile, rappresenta una acquisizione importante, e forse non ancora sufficientemente meditata dalla dottrina, se si considera che l'intero dibattito sull'interesse legittimo è in fondo condizionato dalla ferma convinzione, diffusa e spesso inespressa, che l'interesse al bene della vita non possa essere il sostrato materiale dell'interesse legittimo poiché di tale interesse non è garantita la soddisfazione¹⁵.

4. L'oggetto del processo

L'ultimo paragrafo del saggio di Carbone pubblicato in questa Rivista, il cui titolo è “*Conclusioni, Considerazioni ulteriori sul declinarsi del processo amministrativo a fronte della concezione della situazione giuridica fatta propria in questa sede*”, riprende alcune considerazioni svolte nel volume edito, ma soprattutto anticipa argomenti sviluppati nel secondo volume in corso di pubblicazione.

Il tema dei risvolti processuali è di estrema importanza nell'economia dell'opera di Carbone, in quanto sin dalle prime pagine del primo volume Egli dichiara che la ricostruzione della situazione giuridica soggettiva del privato, alla quale sono dedicati gli sforzi compendati nel primo volume, è funzionale alla individuazione dell'oggetto del processo amministrativo e del tipo di tutela che il giudice amministrativo può erogare a fronte della struttura del diritto sostanziale sul quale opera.

¹⁵Sulla centralità di questo snodo teorico nell'attuale dibattito sull'interesse legittimo v. F. G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 173. Per alcuni spunti ricostruttivi, a partire proprio dall'idea che per aversi situazione giuridica soggettiva non occorre che l'interesse sia protetto in termini di garanzia di soddisfazione, M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, in R. Ursi – M. Renna, a cura di, *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 131 ss.

Il paragrafo finale del saggio si apre con l'affermazione che «*la situazione giuridica del privato, concepita come pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, è idonea ad esser posta ad oggetto del giudizio. Ciò, tuttavia, non può avvenire per mezzo dell'azione di annullamento [...]. Deve farsi ricorso all'esperimento di un'azione di condanna ad un facere/non facere; all'esperimento, cioè, di quella forma di tutela il cui oggetto è rappresentato dalla situazione giuridica soggettiva in base alla quale è doverosa l'assunzione di un comportamento, lesa dall'inadempimento del soggetto obbligato. Tale è appunto una situazione di pretesa alla produzione/non produzione dell'effetto, lesa dal mancato adempimento del prelativo obbligo da parte dell'Amministrazione*».

Il passo è significativo. Emerge chiaramente che la situazione giuridica soggettiva costruita dall'A. intanto può essere posta ad oggetto del processo, in quanto sia esperita dal ricorrente l'azione di condanna. Se poi si considera che l'intento dell'A., manifestato sin dall'inizio del libro, è di individuare in termini generali l'oggetto del processo amministrativo, è facile desumere che la costruzione teorica della situazione giuridica soggettiva nei termini visti si accompagna, nel pensiero dell'A., alla concezione del processo amministrativo come giudizio di condanna. In altre parole, per Carbone la pretesa può essere considerata oggetto del processo amministrativo, poiché lo stesso esibisce in via generale la struttura del processo di condanna (e non del processo costitutivo).

In concreto, la generalizzazione del modello della condanna comporta che si ammetta la proposizione dell'azione di adempimento non solo quando l'attività amministrativa è vincolata in astratta o in concreto, ma anche a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali. In secondo luogo, la generalizzazione del modello della condanna passa per la sua applicazione non soltanto laddove si tratti di tutelare interessi pretensivi, ma anche interessi oppositivi. Questa, in effetti, è la prospettiva di Carbone; e si tornerà a breve sul punto.

Una volta chiarito che oggetto del processo è la pretesa come da Lui concepita, Carbone distingue l'ipotesi in cui la situazione giuridica portata al cospetto del giudice è pienamente staticizzata da quella in cui non lo sia.

La situazione è staticizzata se la discrezionalità è esaurita prima del processo. Le condizioni perché la pretesa sia tale sono due. «*In primo luogo, si deve essere pervenuti ad una compiuta determinazione della regola di preferenza (ciò che non potrebbe riscontrarsi, ad es., se non vi è stata alcuna decisione). Inoltre, tale regola di preferenza deve rimanere intatta rispetto all'esito della confutazioni effettuata in ordine ad essa*» (70).

Per comprendere quando queste condizioni si verificano è essenziale il concetto di esaustività della decisione. Secondo Carbone, infatti, «*Il giudice amministrativo, dinanzi al quale l'atto è contestato, prende infatti in considerazione non un esercizio meramente del potere in via meramente sostanziale, ma un accertamento compiuto dall'Amministrazione quale decisione portata al suo esame; questa, in quanto appunto decisione, si presume esaustiva rispetto al suo oggetto, cioè alla sussistenza o all'insussistenza della situazione giuridica di potere (nel senso descritto, e nel suo svolgimento relazionale con le altre posizioni coinvolte). Solo nel caso in cui, tenuto conto di ciò, nella ridefinizione della decisione si apra, in ragione della invalidità rilevata, più di una possibilità rispetto a quelle (da considerarsi) già vagliate nell'originaria staticizzazione della regola, la discrezionalità non potrà allora dirsi esaurita. Ciò che avverrebbe, qualora ad una nuova decisione sulla situazione giuridica non possa pervenirsi senza un'attività istruttoria ulteriore, che risulti correlata alla necessità di staticizzazione della regola, giacché in tale scenario, la scelta discrezionale non potrebbe dirsi esaurita all'interno della precedente determinazione*».

Se la situazione è staticizzata, l'accertamento giudiziale può «*coprire interamente la situazione giuridica*»: il processo definisce una volta per tutte l'assetto del rapporto controverso.

Se la situazione non è staticizzata, perché la decisione difetta o è dimostrata la sua non-esaustività, al giudice non è «*consentito procedere all'elaborazione del criterio di preferenza che consente la staticizzazione dell'elemento elastico della fattispecie, giacché, altrimenti, si sostituirebbe all'Amministrazione nella determinazione della scelta valoriale ad essa demandata*». Di conseguenza, in questo caso, l'accertamento «*andrebbe a coprire la situazione giuridica nel suo concreto livello di staticizzazione [...] ciò che*

la parte viene ad ottenere è (non il mero riesercizio corretto della discrezionalità, ma) il conseguimento dell'utilità finale, al netto dell'esaurimento della scelta discrezionale» (71).

Siamo qui dinanzi ad un altro tratto caratterizzante del pensiero dell'A.

Egli concepisce per un verso il processo amministrativo come processo di condanna, ammettendo l'azione di adempimento anche a fronte di poteri discrezionali, ma al tempo stesso, stante il divieto per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nel compimento di valutazioni discrezionali, ritiene che se la discrezionalità non è esaurita, e quindi la pretesa non è staticizzata, la condanna non ha ad oggetto il rilascio del provvedimento, ma soltanto quei profili del riesercizio del potere che corrispondono agli aspetti staticizzati della situazione dedotta in giudizio (in questo senso, la condanna è «*al netto dell'esaurimento della scelta discrezionale*», cioè, con altre parole, è pronunciata fatto salvo il riesercizio della discrezionalità).

Il fatto che la situazione sia staticizzata o meno, come si vede, è decisivo per il tipo di tutela che si può conseguire con l'azione di condanna. Il discorso di Carbone però è ulteriormente articolato rispetto a quanto visto sin qui, perché il carattere statico o elastico della situazione giuridica soggettiva va apprezzato non solo prima del processo, ma anche nel corso di svolgimento dello stesso.

In sintesi, se la situazione si presenta staticizzata all'avvio del giudizio, è data alle parti resistenti facoltà di dimostrare che essa in realtà non sia tale; e, se la situazione non è staticizzata all'avvio del giudizio, è possibile che questa si staticizzi nel corso del giudizio tramite la spendita della discrezionalità nel corso del giudizio.

4. Per concludere

La larghezza con cui Carbone ammette la spendita in giudizio della discrezionalità può destare qualche preoccupazione in chi si attenga alla regola che l'amministrazione entra nel processo come parte, non come potere¹⁶.

¹⁶F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 3449.

Si deve però al contempo riconoscere che, nell'ambito di un processo di condanna, avente ad oggetto la pretesa al bene finale, è fisiologico, e persino necessario, ampliare lo strumentario difensivo a disposizione della pubblica amministrazione, consentendole di allegare fatti impeditivi della pretesa che estendono la cognizione del giudice a profili non rappresentati nel provvedimento.

La questione di fondo è pertanto quella che si pone a monte, ovvero la possibilità di concepire il processo amministrativo come un processo che ha ad oggetto una pretesa al bene finale e che si struttura pertanto secondo le logiche del puro giudizio di condanna.

Sulla consistenza della situazione giuridica abbiamo già detto; adesso, per concludere, qualche breve osservazione sulla strutturazione del processo come giudizio di condanna.

Il codice del processo amministrativo sembra invero prevedere che il carattere vincolato dell'attività amministrativa, o l'intervenuto esaurimento della discrezionalità, è condizione di proponibilità (ammissibilità) dell'azione di adempimento.

Ed infatti, l'art. 34, comma 1, lett. d), richiede il carattere vincolato (in astratto o in concreto) dell'attività come presupposto di ammissibilità dell'azione, e non come elemento che deve sussistere al momento della decisione della causa.

È vero che l'art. 34, comma 1, lett. d), fa rinvio all'art. 31 comma 3, ai sensi del quale «*il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità*». Ma è altresì vero che l'art. 34, comma 1, lett. d), rinvia all'altra disposizione per definire i "limiti" nei quali "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento è esercitata". È naturale dunque ritenere che il requisito dell'attività vincolata (in astratto o in concreto) sia richiesto ai fini della proponibilità dell'azione.

Per questa interpretazione milita altresì il fatto che la legge giustapponga l'attività vincolata in astratto a quella vincolata in concreto: se il vincolo rilevante fosse quello che sorge al termine del contraddittorio processuale, la distinzione non avrebbe senso perché si tratterebbe sempre di un vincolo in concreto.

In altre parole, l'azione di adempimento intanto può essere proposta, in quanto il provvedimento annullato sia espressione di un potere vincolato oppure abbia esso stesso esaurito la discrezionalità. Se è così, come in effetti sembra essere, sussiste un ostacolo di diritto positivo alla generalizzazione dell'azione di condanna: nel senso che la stessa non può essere proposta a fronte di poteri che si presentano discrezionali alle soglie del giudizio.

Ancora, non si può omettere di considerare che, secondo il codice, l'azione di condanna deve essere proposta contestualmente ad altra azione, in particolare all'azione di annullamento del provvedimento lesivo oppure all'azione di accertamento del silenzio. La proposizione dell'azione di condanna pertanto estende l'oggetto del giudizio oltre la questione di legittimità, introducendo la pretesa al bene finale, ma non scalza del tutto la struttura impugnatoria del giudizio. Il ricorrente che propone l'azione di adempimento, deve innanzitutto contestare la legittimità della determinazione della pubblica amministrazione, tramite l'articolazione di specifici motivi di ricorso; solo se il provvedimento è illegittimo, il giudice verificherà la spettanza del bene richiesto con l'azione di condanna.

In conclusione, si può avere qualche dubbio sulla possibilità di costruire il processo amministrativo come processo di condanna puro e semplice, soprattutto quando il provvedimento impugnato è espressione di un potere discrezionale. Il che riporta il discorso al terreno suo proprio, che è quello del diritto sostanziale, in quanto si tratta di verificare entro quali ambiti l'amministrazione può adottare le proprie scelte, e in particolare se e a quali condizioni la conclusione del procedimento concluda altresì lo spazio deliberativo concesso

all'amministrazione. Solo in questo caso la discrezionalità è esaurita e il ricorrente può ottenere il bene della vita in sede processuale. E le considerazioni di Andrea Carbone sull'eshaustività della decisione forniscono un contributo rilevante anche su questo profilo decisivo.

ENRICO ZAMPETTI

Professore associato di diritto amministrativo Università di Siena

enrico.zampetti@unisi.it

**RIFLESSIONI SU PROCESSO AMMINISTRATIVO E
SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE IN DIALOGO
CON ANDREA CARBONE**

**REFLECTIONS ON ADMINISTRATIVE JUDICIAL PROCEDURE
AND SUBJECTIVE JURIDICAL SITUATIONS IN DIALOGUE WITH
ANDREA CARBONE**

SINTESI

L'articolo svolge alcune riflessioni suscitate dalla recante monografia di Andrea Carbone dedicata al potere e alle situazioni soggettive nel diritto amministrativo. L'attenzione si concentra in particolare su due aspetti: l'individuazione dell'oggetto del processo amministrativo nella tutela di annullamento e in quella di adempimento; la c.d. spendita in giudizio della residua discrezionalità da parte dell'amministrazione, nell'ambito della tutela di adempimento. Con riferimento al primo aspetto, si evidenzia come tanto la tutela di annullamento quanto la tutela di adempimento abbiano entrambe ad oggetto la situazione giuridica del privato, sebbene tra le due forme di tutela intercorrano delle differenze in ordine alla misura dell'accertamento. Per quanto riguarda il secondo aspetto, viene sottolineato come, a fronte di una discrezionalità spesa in giudizio sfavorevolmente al privato, l'accertamento della pretesa sostanziale, e dunque la condanna all'adozione del provvedimento, debba comunque passare attraverso un sindacato giurisdizionale provocato da un'apposita impugnazione, ulteriore rispetto all'originaria domanda di annullamento.

ABSTRACT

The article intends to propose some reflections aroused by Andrea Carbone's monograph dedicated to power and subjective juridical situations in administrative law. The attention is focused in particular on two aspects: the

object of administrative judicial procedure with regard to action for annulment and action for enjoinder.; the exercise of residual administrative discretion in the context of the action for enjoinder. With reference to the first aspect, it is noted that both the actions have as their object the subjective juridical situations, although there are differences in terms of the extent of the assessment. With regard to the second aspect, it is emphasized that, when discretion is exercised in the judicial procedure unfavorably to the private, the assessment of the substantial claim, and therefore the sentence to adopt the administrative act, requires further action for annulment.

PAROLE CHIAVE: processo amministrativo; potere amministrativo; situazioni giuridiche soggettive.

KEYWORDS: administrative judicial procedure; administrative power; subjective juridical situations.

INDICE: 1. Premessa. 2. Situazioni giuridiche soggettive e oggetto del giudizio amministrativo. 3. Sulla spendita della discrezionalità in giudizio. 4. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

La recente monografia di Andrea Carbone sul potere e le situazioni soggettive nel diritto amministrativo¹, di cui il saggio pubblicato su questo numero della Rivista sintetizza gli aspetti essenziali², rappresenta una ricca, rigorosa e approfondita riflessione su temi centrali del diritto amministrativo sostanziale e processuale. L'opera, della quale è annunciata una seconda parte di prossima pubblicazione, si concentra sulla concettualizzazione delle situazioni giuridiche soggettive tipiche dei rapporti regolati dal diritto amministrativo: la situazione giuridica di potere e la situazione giuridica del privato che con il potere si confronta, entrambe destinate a svolgersi secondo quello che l'Autore definisce un modello procedurale di accertamento³.

¹A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Giapichelli, Torino, 2020.

²A. CARBONE, *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in questo numero della Rivista.

³A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 90 ss., 450 ss., 497, dove si precisa testualmente che «l'aver configurato, poi, tale processo formativo della decisione quale modello avente una connotazione strutturale, soggettiva e oggettiva, di processo di accertamento, fa sì che l'oggetto

Ma, come anche suggerisce il sottotitolo della monografia, “*Premesse allo studio dell’oggetto del processo amministrativo*”, la ricostruzione sul piano sostanziale influenza e condiziona la struttura e le dinamiche del processo amministrativo, anch’esso destinato a svolgersi, per l’Autore, attraverso un analogo modello di accertamento⁴. Sotto questo profilo, l’idea di fondo sottesa all’opera di Carbone è che una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dovrebbe implicare, ove ne ricorrano i presupposti, il compiuto accertamento della pretesa sostanziale vantata dal privato, sicché, una volta esaurito il giudizio, l’amministrazione non dovrebbe più trovarsi nella condizione di negarne la soddisfazione. Carbone, che ha dedicato molti dei suoi studi all’azione di adempimento, a partire dall’importante monografia del 2012⁵, individua proprio nell’azione di adempimento la forma di tutela potenzialmente capace di assicurare il compiuto accertamento della pretesa e la sua piena soddisfazione. Non nell’azione d’annullamento, che, sebbene idonea a vincolare in maniera più o meno stringente l’amministrazione, non sarebbe idonea né a garantire il compiuto accertamento della pretesa né la sua piena soddisfazione, per la ragione, d’immediata percezione, che la relativa pronuncia giurisdizionale non reca di per sé un’esplicita condanna al rilascio del provvedimento. Di qui l’assunto dell’Autore che solo l’azione di adempimento potrebbe avere ad oggetto la pretesa del privato in funzione di un suo compiuto accertamento, ma non l’azione di annullamento che avrebbe invece ad oggetto la sola legittimità del provvedimento. Carbone è, tuttavia, consapevole di quanto una pronuncia di condanna possa rivelarsi problematica al cospetto di un’attività discrezionale e, in particolare, nelle ipotesi in cui l’accertata illegittimità del provvedimento non consumi per intero la discrezionalità amministrativa. In questi casi, una condanna del giudice sarebbe preclusa da un’attività amministrativa che ancora deve essere compiuta, sia in base alla disciplina

della decisione coincida con l’accertamento (nella eventuale staticizzazione di ciò che è stato definito elemento “elastico” della fattispecie) della situazione giuridica di potere, nel rapporto che essa assume con le situazioni giuridiche degli altri soggetti che con il potere si vengono a relazionare».

⁴A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo* op. cit., 127.

⁵A. CARBONE, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012.

positiva dell'azione di adempimento⁶, sia, ad un livello più generale, in ragione del nucleo essenziale del principio di separazione dei poteri⁷. Ciò non di meno, l'Autore prospetta la possibilità che, in alcuni casi, la discrezionalità residua possa essere interamente spesa in giudizio dall'amministrazione, a seguito di un'apposita sollecitazione del giudice⁸. Di modo che, una volta spesa in giudizio la discrezionalità, non vi sarebbe più alcun limite per accertare la fondatezza della pretesa e pronunciare la condanna al rilascio del provvedimento.

Sono questi, in estrema sintesi, gli aspetti dell'opera di Carbone ai quali vengono dedicate queste brevi riflessioni, nell'ambito di un continuo e mai interrotto dialogo con l'Autore che sempre si è rivelato proficuo. Beninteso, nella chiara consapevolezza che le sue tesi sono molto più articolate della sintetica e sommaria descrizione imposta dai limiti oggettivi di questo scritto.

2. Situazioni giuridiche soggettive e oggetto del giudizio amministrativo

Si passa così a svolgere alcune osservazioni sul primo degli aspetti indicati, quello relativo alla situazione giuridica oggetto del giudizio amministrativo⁹.

Come si è anticipato, Carbone afferma che la situazione giuridica del privato, da lui definita come pretesa all'utilità finale¹⁰, possa essere l'oggetto soltanto di un'azione di adempimento, ma non anche di un'azione di annullamento. Più esattamente, l'A. sottolinea che «*poiché la situazione giuridica del privato, affe-*

⁶Cfr. il combinato disposto degli artt. 34, co.1, c.p.a. e 31, co.3, c.p.a.

⁷Per approfondimenti sul principio di separazione dei poteri, nella continuità tra procedimento e processo, M. BELLAVISTA, *Il principio della separazione dei poteri nella continuità fra procedimento e processo*, in questa Rivista, 2/2018, 47 ss.; F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 31 ss.

⁸A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 519 ss.

⁹Sul tema generale dell'oggetto del processo amministrativo, si rinvia a F.G. COCCA, *Il modello processuale*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. COCCA, Giappichelli, Torino, 2011, 160 ss.

¹⁰La definizione della situazione giuridica del privato prospettata da Carbone è in realtà molto più articolata: "sia nelle ipotesi di situazioni di carattere pretensivo, sia in quella di situazioni di carattere oppositivo, si ha dunque una situazione giuridica, avente la struttura di una pretesa, il cui oggetto è costituito dall'interesse sostanziale del soggetto alla produzione della situazione effettuale o alla sua non produzione, che si viene a configurare, sussistendone i relativi presupposti, con l'avvio del procedimento, corrispondentemente al venire in essere della situazione giuridica di potere che con la situazione del privato si relaziona" (A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 468).

rente al suo interesse di natura sostanziale che si pone in rapporto con la situazione di potere dell'amministrazione, è stata rappresentata nei termini di una pretesa alla produzione o alla non produzione dell'effetto (quindi, all'utilità finale, come mediata dall'assunzione del comportamento), il processo di condanna rappresenta la sede naturale in cui tale situazione giuridica possa assurgere ad oggetto dell'accertamento»¹¹. Diversamente, l'oggetto del giudizio di annullamento «rimane ancorato ai vizi fatti valere, secondo una rappresentazione che può essere soggettivizzata attraverso la configurazione di una situazione di carattere processuale (l'azione concreta all'annullamento)»¹².

Gli assunti riflettono il convincimento che solo la tutela di adempimento sia veramente idonea ad accertare la situazione giuridica soggettiva del privato, in uno al comportamento doveroso che l'amministrazione è chiamata ad assumere per la soddisfazione della pretesa sostanziale. La tutela di annullamento non avrebbe un'analoga capacità di accertamento, in quanto la relativa azione si esaurirebbe nella richiesta rivolta al giudice di annullare l'atto impugnato.

La ricostruzione pone in risalto la più ampia tutela che l'azione di adempimento appresta alla situazione giuridica del privato, ma vi traspare un'eccessiva dequotazione della capacità di accertamento propria della tutela di annullamento, che, in realtà, non pare esclusivamente assestarsi sulla legittimità del provvedimento, ma involgere in parte anche il rapporto controverso. Se è, infatti, indubbio che, nella tutela di annullamento, l'accertamento sia incentrato sulla legittimità del provvedimento, ciò non esclude che il contenuto di accertamento della sentenza investa in parte anche la situazione giuridica del privato; d'altro canto, se è indubbio che, nella tutela di adempimento, l'accertamento investa il rapporto controverso, ciò non esclude che detto accertamento sia in parte condizionato dall'accertamento sull'illegittimità del provvedimento che abbia negato la pretesa sostanziale. Non è del resto un caso che il codice del processo amministrativo condizioni la proposizione dell'azione di adempimen-

¹¹A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 521.

¹²A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 520.

to alla contestuale proposizione dell'azione di annullamento¹³. Detto in altri termini, se tra tutela di adempimento e tutela di annullamento intercorrono delle differenze in ordine alla misura dell'accertamento, ciò non significa che le due forme di tutela non possano entrambe avere ad oggetto la pretesa all'utilità finale.

Sul piano generale, l'evoluzione dell'interesse legittimo in senso sostanziale fa sì che nel processo amministrativo possa accertarsi la pretesa del privato, sia pur nei modi e nelle forme previste dalla disciplina positiva. Si può anzi affermare che il riconoscimento della natura sostanziale dell'interesse legittimo renda ineludibile la previsione di differenti tipologie di azione, in funzione delle diverse esigenze di tutela che possono in concreto presentarsi¹⁴. Così, alcune azioni possono garantire il compiuto accertamento della pretesa, altre un accertamento solo parziale che assumerà maggiore compiutezza attraverso ulteriori sviluppi sostanziali e/o processuali. Ma il processo, quale che sia la forma di tutela concretamente prescelta, pone sempre al centro la situazione giuridica sostanziale e la relativa pretesa potrà essere accertata in funzione della tipologia di potere che di volta in volta caratterizza il rapporto controverso.

Se ciò si ritiene esatto, l'oggetto del processo amministrativo, per ciascuna delle forme di tutela previste dall'ordinamento, deve essere sempre individuato nella situazione giuridica sostanziale, a prescindere dal grado di accertamento e di soddisfazione che ognuna delle diverse azioni è in grado di apprestare a quella situazione giuridica. Questo deve valere anche per l'azione di an-

¹³Cfr. art. 34, co.1, c.p.a., ai sensi del quale «l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, co.3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio».

¹⁴In questo senso, V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, in *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa – Giornate di studi in onore del Prof. Fabio Merusi*, a cura di E. CATELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 17 ss. e spec. 19; sulla pluralità delle azioni nel processo amministrativo, A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali* (Atti del LVI Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 23-25 settembre 2010), Giuffrè, Milano, 2011, 75 ss.; A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un fare. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo*, a cura di A. CARBONE - E. ZAMPETTI, Jovene, Napoli, 2018, 61 ss.

nullamento, come confermato dalle prevalenti acquisizioni giurisprudenziali, ormai ferme nel ritenere che «nel nostro sistema di giurisdizione soggettiva, la verifica della legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati non va compiuta nell'astratto interesse generale, ma è finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere, ritualmente, dalla parte attrice»¹⁵. Del resto, che il giudizio di annullamento non sia estraneo all'accertamento della pretesa sostanziale lo dimostra chiaramente la progressiva emersione e valorizzazione dell'effetto conformativo del giudicato, con la sua attitudine a vincolare la successiva azione amministrativa nell'obiettivo di garantire maggiore soddisfazione alla situazione giuridica del privato¹⁶. Ancora, più di recente, la tutela di annullamento è stata correlata a meccanismi variamente congegnati di esaurimento (o parziale esaurimento) del potere, volti ad impedire che, dopo l'annullamento giurisdizionale del provvedimento, l'amministrazione possa reiteratamente negare l'utilità anelata. Si pensi agli orientamenti giurisprudenziali in materia di c.d. *one shot* temperato¹⁷ e ad alcune norme recentemente introdotte nell'ordinamento, quale quella recata nell'attuale formulazione dell'articolo 10 *bis* l. n. 241 del 1990, secondo cui «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»¹⁸. Si tratta di soluzioni che postulano la funzionalizzazione del processo amministrativo a un eventuale accertamento e soddisfazione della pretesa sostanziale del privato, laddove intendono evitare che una siffatta soddisfazione possa risultare frustrata dalla reite-

¹⁵Cons. St., Ad. pl., 7 aprile 2011, n. 4, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, sesta edizione a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Il Mulino, Bologna, 2002, 313 ss.

¹⁷Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660, in www.giustizia-amministrativa.it: «come è noto, si denomina *one shot temperato* il principio, affermato da costante giurisprudenza, per cui l'amministrazione, dopo aver subito l'annullamento di un proprio atto, può rinnovarlo una sola volta, e quindi deve riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza potere in seguito tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati»; cfr. anche Cons. St., sez. IV, 25 marzo 2014 n. 1457, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 30 giugno 2020, n. 7254, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸L'articolo 10 *bis* l. n. 241 del 1990 è stato così modificato dal d.l. 16 luglio 2020 n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020 n. 120.

razione di provvedimenti basati di volta in volta su nuove e diverse motivazioni. Beninteso, non che Carbone disconosca l'efficacia del vincolo conformativo o la complessiva evoluzione dell'ordinamento processuale. Tutt'altro, e ne sono dimostrazione le pagine del volume in cui ampiamente ne discorre¹⁹. Tuttavia, come già detto, ritiene che l'accertamento proprio della tutela di annullamento sia incentrato sulla legittimità del provvedimento, mentre l'accertamento proprio della tutela di adempimento riguardi il rapporto sostanziale tra privato e amministrazione. Per le ragioni che si sono brevemente illustrate, vi è in questo un punto di dissenso con la ricostruzione dell'Autore. Ma si tratta di un dissenso che al contempo sottende un rammarico e un auspicio. Il rammarico è che una così raffinata e rigorosa concettualizzazione della situazione giuridica, quale quella proposta da Carbone oltre la tradizionale dicotomia interesse legittimo/diritto soggettivo, potrebbe rivelarsi ancora più feconda, sia dal punto di vista sistematico che per le ricadute applicative, se generalizzata per tutte le forme di tutela attualmente previste dalla disciplina processuale. L'auspicio è che una siffatta generalizzazione possa incontrare il favore dell'Autore, di modo che, al di là dei possibili distinguo, la sua originale ricostruzione delle situazioni giuridiche assurga ad oggetto del processo amministrativo complessivamente inteso, disvelando le sue implicazioni oltre il più ristretto confine dell'azione di adempimento.

3. Sulla spendita della discrezionalità in giudizio.

Veniamo così al secondo aspetto di queste riflessioni, quello relativo alla c.d. spendita della discrezionalità in giudizio.

Come si è già detto, l'adozione di una pronuncia di condanna è fortemente problematica al cospetto di un'attività discrezionale e, in particolare, nelle ipotesi in cui l'accertata illegittimità del provvedimento non consumi per intero la discrezionalità amministrativa. Al di là del principio di separazione dei poteri, è la stessa disciplina processuale a escludere la condanna nei casi di resi-

¹⁹A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 305 ss.

dua discrezionalità e di necessità di ulteriore istruttoria²⁰, nonché a stabilire il divieto per il giudice di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati²¹. In questi casi, oltre a non potersi pronunciare la condanna, sarebbe anche impedito un compiuto accertamento del rapporto controverso, che risulterebbe condizionato dalla residua discrezionalità di cui l'amministrazione ancora dispone. La tutela del privato resterebbe così esclusivamente affidata agli effetti della sentenza di annullamento.

Volendo assestarsi su questa ricostruzione, di per sé aderente al dato normativo, l'utilità della tutela di adempimento risulterebbe di molto ridimensionata, in quanto la condanna sarebbe di fatto pronunciata solo al cospetto di un'attività vincolata, ossia in ipotesi per le quali la mera tutela di annullamento già potrebbe rivelarsi particolarmente vantaggiosa. Si tratta allora di verificare se e come la tutela di adempimento possa superare i confini dell'attività vincolata e praticarsi anche a fronte di attività discrezionali. Prima ancora che fosse introdotta l'azione di adempimento, analoga questione si è posta con riferimento all'azione di annullamento, come ben dimostrano gli studi che, da diverse impostazioni, hanno variamente affrontato il tema dell'accertamento del rapporto nel giudizio amministrativo²². Oggi la questione è destinata a confrontarsi anche con l'azione di adempimento²³, alla ricerca di un giusto punto di equili-

²⁰Cfr. il combinato disposto degli artt. 34, co.1, c.p.a. e 31, co.3, c.p.a.

²¹Come noto, ai sensi dell'articolo 34, co.2, c.p.a. «*in nessun caso il giudice amministrativo può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*»; sul divieto di cui all'articolo 34, co.2, c.p.a., A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 328 ss.; M. TRIMARCHI, *Full Jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in questa Rivista, 2/2018, 321 ss.; P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2018, 94 ss.

²²A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1962; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980; Id., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 3/1992, 481 ss.; recentemente, l'A. è ritornato sul tema, esaminandolo anche in relazione all'azione di adempimento, *Giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, a cura di F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 27 ss.; sempre sul tema, da una prospettiva prevalentemente incentrata sulla tutela risarcitoria, G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2001, 287 ss.

²³La questione ha variamente interessato la dottrina anche prima dell'espressa previsione dell'azione di adempimento, M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo*

brio tra l'esigenza di pienezza ed effettività della tutela e il fatto che è l'amministrazione il soggetto chiamato ad esercitare la residua discrezionalità. Si tratta di un compito tutt'altro che facile, non soltanto perché tocca il problema generale dei limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti dell'attività discrezionale. Ma anche perché deve misurarsi con una tradizionale ritrosia, ancora in parte riscontrabile nell'attuale contesto di riferimento, a considerare il giudizio amministrativo effettivamente idoneo a garantire piena soddisfazione alla pretesa sostanziale.

Carbone offre una precisa soluzione alla questione, che in parte è già prefigurata nel volume del 2020 e nell'articolo pubblicato su questo numero della Rivista, in parte verrà ancora più a fondo scandagliata nell'annunciato secondo libro. Semplificando al massimo, Carbone propone la seguente ricostruzione: nei casi di residua attività discrezionale, il giudice deve poter provocare d'ufficio o su istanza di parte l'esaurimento della discrezionalità direttamente in giudizio, inducendo l'amministrazione a riversare nel processo le eventuali ragioni, ulteriori a quelle esplicitate nel provvedimento impugnato, che si oppongono al conseguimento dell'utilità richiesta (ossia al rilascio del provvedimento ampliativo)²⁴. Tutto ciò - è importante precisarlo per dare atto della coerenza del sistema delineato dall'Autore tra dimensione sostanziale e dimensione processuale - sarebbe possibile in virtù della *«particolare connotazione della situazione giuridica che viene ad essere accertata in sede giudiziale»* ossia perché la *«rappresentazione che si è for-*

amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 3/2005, 557 ss.; A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, relazione all'incontro dell'Associazione dei giudici amministrativi, italiani, francesi e tedeschi (Milano, 7 ottobre 2011); per ogni approfondimento sul tema, si rinvia a A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., *passim*.

²⁴Soluzioni in parte analoghe sono state prospettate anche in giurisprudenza, affermando che, sul piano processuale, la "riduzione" della discrezionalità amministrativa può essere l'effetto di *«meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a compiere ogni valutazione rimanente sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova), concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quella attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza»* (così Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in www.giustizia-amministrativa.it; in termini, TAR Campania, sezione settima, 7 marzo 2017 n. 1307, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 10 aprile 2012 n. 1045, in www.giustizia-amministrativa.it).

nita della situazione soggettiva (...) è infatti idonea a declinare in modo particolare, ma del tutto coerente con la sua consistenza sostanziale la relativa tutela giurisdizionale»²⁵.

Occorre più a fondo soffermarsi sulle modalità attraverso cui l'amministrazione riversa in giudizio le sue determinazioni ad esaurimento della discrezionalità. Come risulta chiaramente nell'articolo pubblicato su questa Rivista, per Carbone l'atto con cui l'amministrazione introduce in giudizio le sue determinazioni assume il «rilievo di un documento processuale di carattere istruttorio» che, come tale, non può «considerarsi espressione dell'esercizio di un potere sostanziale in giudizio»²⁶. Conseguentemente, la definizione in giudizio della scelta discrezionale non comporterebbe alcuna «estensione dell'oggetto dell'accertamento giudiziale», ma rilevarebbe soltanto «nel senso di consentire l'accertamento in via integrale della sussistenza della situazione giuridica»²⁷. In altri termini, la configurazione come atto processuale impedirebbe sia l'assimilazione delle nuove determinazioni all'esercizio di un potere sostanziale, sia l'ampliamento del *thema decidendum* per effetto delle suddette nuove determinazioni, posto che l'oggetto dell'accertamento giurisdizionale resterebbe pur sempre parametrato sulla situazione giuridica. In questo modo, l'accertamento della situazione giuridica non sarebbe più condizionato da una residua attività discrezionale da compiere dopo il giudizio, sicché non potrebbe escludersi che il processo giunga ad accertare la fondatezza della pretesa sostanziale, con la conseguente condanna al rilascio del provvedimento. La ricostruzione di Carbone mira a scongiurare che la spettanza o meno del provvedimento possa ricavarsi da valutazioni amministrative rese al di fuori del giudizio, con tutto ciò che ne conseguirebbe in ordine al rinvio del compiuto accertamento del rapporto controverso. Tuttavia – sottolinea l'Autore - il giudice potrebbe anche determinarsi a non provocare la spendita in giudizio dell'attività discrezionale, tutte le volte in cui l'attività in questione dovesse reputarsi eccessivamente gravosa e complessa. In questi casi, si limiterà, pertanto, «a fare ri-

²⁵A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 519.

²⁶Così, A. CARBONE, *Riflessioni su potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit.

²⁷A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 525.

ferimento ad una particolare consistenza della situazione giuridica in questione (...) e adottare, corrispondentemente, una sentenza parziale su di essa»²⁸.

Senonché, quello che, nella ricostruzione proposta da Carbone, sarebbe un documento processuale dovrebbe forse più esattamente considerarsi il frutto di un esercizio di vero e proprio potere amministrativo, corredato delle garanzie sostanziali dell'azione implicate dai principi costituzionali di buon andamento o imparzialità. Diversamente, la spendita di una residua discrezionalità non parteciperebbe dei caratteri dell'azione amministrativa e, se ciò non sembra possibile alla luce dell'assetto costituzionale, non pare potersi giustificare per la circostanza che, anziché fuori, la discrezionalità sia spesa dentro al giudizio²⁹.

Se, dunque, si accetta che le nuove determinazioni siano espressione di esercizio di potere, nei casi in cui vengano opposte ulteriori ragioni a sostegno del diniego, tali nuove determinazioni dovrebbero essere impugnate dal ricorrente originario, verosimilmente attraverso un ricorso per motivi aggiunti, perché introducono delle nuove motivazioni che arricchiscono l'originario assetto provvedimentale in senso più sfavorevole per il privato, ampliando l'oggetto dell'accertamento anche ove identificato nella situazione giuridica del privato³⁰. Conseguentemente, a fronte delle nuove determinazioni riversate in giudizio, il giudice potrebbe accertare la pretesa del privato soltanto attraverso un sindacato indotto da un'apposita impugnazione, in conformità al principio della domanda e all'esplicito disposto dell'articolo 34, co.2, secondo periodo³¹. Che la

²⁸Così, A. CARBONE, *Riflessioni su potere e situazioni soggettivi nel diritto amministrativo*, cit.

²⁹Sul punto, si vedano le considerazioni di A. ROMANO TASSONE, a proposito del c.d. "ricorso incidentale – riconvenzione", *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2009, 606.

³⁰Sul punto cfr. G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, cit., 494, che, nei casi in cui l'amministrazione integri in giudizio la motivazione del provvedimento, ritiene possibile per il ricorrente proporre motivi aggiunti: «*se l'Amministrazione può integrare la sua motivazione, allorché la richiesta di chiarimenti le pervenga da un organo di controllo, non si vede perché non possa e debba farlo, nel caso di richiesta da parte del Giudice. Il tutto, con l'ovvia ulteriore possibilità per il ricorrente di proporre motivi aggiunti*».

³¹In base al quale «*salvo quanto previsto dal co.3 dell'articolo 30, co.3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29*». La norma rileva anche nell'ipotesi in questione, laddove le nuove determinazioni che esauriscono la discrezionalità accedono all'originario provvedimento implementandone il contenuto.

contestazione delle nuove determinazioni debba avvenire attraverso una vera e propria impugnazione è confermato dal fatto che, nell'attuale ordinamento processuale, solo l'impugnazione garantisce nella sua massima estensione il diritto di difesa, sia sotto il profilo della più ampia garanzia del contraddittorio processuale, sia sotto il profilo dell'obbligo del giudice di pronunciarsi sui motivi dedotti con la domanda. All'evidenza, una semplice memoria difensiva non uguaglierebbe le garanzie processuali assicurate dall'esperimento di un ricorso o di un atto di motivi aggiunti. La necessità dell'impugnazione è inoltre desumibile dalla prevista contestualità dell'azione di adempimento rispetto all'azione di annullamento, in base alla quale la pronuncia di condanna dovrebbe sempre seguire alla pronuncia che annulla l'atto di diniego o, per meglio dire, che "annulla" tutte le ragioni che negano l'utilità richiesta, anche quelle eventualmente sopravvenute.

Si conferma così che, a fronte di una discrezionalità spesa direttamente in giudizio in senso sfavorevole al privato, l'accertamento della (fondatezza della) pretesa sostanziale, e dunque la condanna all'adozione del provvedimento, non potrebbe che passare attraverso un sindacato giurisdizionale provocato da un'apposita impugnazione. In assenza di una siffatta impugnazione, il giudice dovrebbe limitarsi a rigettare l'azione di adempimento, dando atto che il diniego risulterebbe astrattamente giustificato da nuove, sopravvenute, ragioni che il privato abbia omesso di contestare secondo gli strumenti predisposti dall'ordinamento. Va da sé che, ove l'amministrazione dovesse formalizzare il nuovo diniego in base alle nuove ragioni spese in giudizio, l'eventuale ricorso del privato avverso tale provvedimento potrebbe scontare la mancata impugnazione delle pregresse determinazioni rese ad esaurimento della discrezionalità.³²

³²Se, sollecitata dal giudice, l'amministrazione evidenzia che non sussistono ulteriori ragioni ostative al diniego, il giudice, se riconosce la fondatezza della pretesa, potrà disporre la condanna al rilascio del provvedimento favorevole e, in tal caso, la questione più delicata riguarda la tutela del terzo che riceva pregiudizio dal compiuto accertamento della pretesa sostanziale (sugli aspetti della tutela del terzo, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 265 ss).

In conclusione, nell'attuale sistema processuale, la tutela di adempimento risulta strettamente correlata alla tutela di annullamento. Nei casi di discrezionalità non esaurita, non sembra pertanto ipotizzabile un accertamento della pretesa in assenza di una domanda di annullamento avverso tutti quei tratti di azione amministrativa che negano quella pretesa, ivi compresi quelli indotti da una sollecitazione del giudice. Ciò, però, non implica un mutamento dell'oggetto del giudizio dalla situazione giuridica all'azione amministrativa che con quella situazione si confronta, ma denota soltanto che, anche nell'ambito dell'azione di adempimento, l'accertamento della pretesa è pur sempre condizionato da una preventiva impugnazione e dai suoi esiti concreti. Questo, ovviamente, a condizione che si accolga la ricostruzione proposta, differente da quella prospettata da Carbone, che la spendita in giudizio della discrezionalità sia espressione di un potere sostanziale.

Resta inteso che, rispetto a quella garantita dall'azione di annullamento, la tutela assicurata dall'azione di adempimento è più soddisfacente per la pretesa sostanziale del privato, in ragione del potere in capo al giudice di condannare l'amministrazione al rilascio del provvedimento.

4. Osservazioni conclusive.

Si possono così trarre alcune osservazioni conclusive con particolare riferimento al secondo dei profili esaminati.

Essenzialmente, la ricostruzione di Carbone tende ad assicurare un compiuto accertamento del rapporto controverso, senza gravare il privato di oneri impugnatori aggiuntivi rispetto all'originaria impugnazione. Presuppone, però, che si concordi con le premesse dell'Autore, ossia che le determinazioni riversate in giudizio ad esaurimento della discrezionalità si qualificano in termini meramente processuali. Se si ritiene invece il contrario, e cioè che quelle stesse determinazioni rappresentino esercizio di potere sostanziale, riesce difficile superare la necessità di ulteriori impugnazioni rivolte a contestare la residua di-

screzionalità spesa in giudizio³³. Aderendo a quest'ultima impostazione, l'unica strada per sollevare il privato da ulteriori oneri impugnatori, gravosi sia per la complessiva durata del giudizio che dal punto di vista economico, sarebbe quella di assumere un esaurimento del potere dopo il suo esercizio, così da precludere all'amministrazione progressivi aggiornamenti delle ragioni a sostegno del diniego, anche dopo l'eventuale annullamento dell'originario provvedimento. In questo modo, il giudice investito dell'impugnazione avrebbe di fronte a sé un assetto provvedimentale di fatto immutabile, che l'amministrazione non potrebbe mettere in discussione nemmeno con la spendita in giudizio di ulteriore discrezionalità. Conseguentemente, l'annullamento giurisdizionale implicherebbe un accertamento pieno della pretesa sostanziale del privato, che vincolerebbe l'amministrazione a rilasciare il provvedimento favorevole.

Da un punto di vista sistematico, il tema generale è quello dell'esauribilità del potere, sul quale anche recentemente sono stati offerti importanti contributi³⁴. Sebbene non sia questa la sede per approfondire l'argomento, si può solo osservare che una qualificazione del potere in termini di sostanziale esauribilità deve attentamente misurarsi con i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità, che, come noto, impongono all'amministrazione di agire al fine di garantire la migliore e più adeguata soddisfazione dell'interesse generale. Una preclusione in termini così generali e assoluti potrebbe, all'evidenza, nuocere ad un'azione amministrativa preordinata alla cura del concreto interesse pubblico, rivelandosi difficilmente praticabile alla luce dell'assetto costituzionale. Ciò non toglie che l'esigenza che vi è sottesa debba essere presa nella massima considerazione, sia con riguardo alla stabilità e certezza dei rapporti tra privato e amministrazione, sia con riguardo all'effettività della tutela giurisdizionale del privato nei confronti dell'amministrazione. È, però, necessario individuare il giu-

³³In quest'ordine di idee, F. APERIO BELLA, *L'innesto di regole del processo amministrativo di altri ordinamenti. Un possibile approccio alla comparazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2019, 227 ss., spec. 262.

³⁴M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

sto punto di equilibrio, che coniughi queste esigenze con la necessaria conformazione costituzionale dell'azione amministrativa. In tal senso, può segnalarsi il già ricordato articolo 10 *bis* della legge 241 del 1990, laddove stabilisce che «*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*». Al di là del suo specifico ambito di applicazione, circoscritto ai procedimenti ad istanza di parte e ai casi di riesercizio del potere a seguito di annullamento giurisdizionale, la norma sembra raggiungere un adeguato compromesso. Lungi dall'imporre un'assoluta e incondizionata preclusione, ne limita l'operatività ai soli motivi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato, escludendola per le ragioni che l'originaria istruttoria non abbia rilevato. Le implicazioni della norma sono varie e complesse e, considerata la sua recente formulazione, devono ancora essere ampiamente meditate. Se ne può, però, trarre un'indicazione di massima da porre alla base di futuri approfondimenti. E, cioè, che, nell'ambito dei rapporti tra privato e amministrazione, l'obiettivo di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, prima ancora che sul piano processuale, va perseguito sul piano sostanziale³⁵.

³⁵Sul punto, F. SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, terza edizione, Cedam, Padova, 1997, 129, secondo cui «occorre riuscire a far definire alle parti, prima dell'eventuale giudizio, il quadro complessivo delle possibili scelte, e far sì che quella definitiva, impugnata, venga portata al giudice in questa sua articolazione: la sola reale del resto. Legittimità e discrezionalità così finalmente si ricomporranno; senza alcun bisogno di particolari poteri del giudice, le sue pronunce, in ordine al quadro, cui il suo sindacato si riferirà, avranno naturalmente il valore proprio di ogni decisione giurisdizionale, di definizione della lite, ponendo una regola per l'azione futura delle parti?».

PARTE SECONDA

JAKUB HANDRLICA

Professor of Administrative Law at the Charles University in Prague, Czech Republic

Jakub.Handrlica@prf.cuni.cz

BURNT BY THE SUN OF INTERNATIONAL ADMINISTRATIVE LAW:

A SKETCH OF A LEGAL CHAMELEON

ABSTRACT

In 1906, D. Donati presented his thesis on existence of two particular subdisciplines of public law: administrative international law (*diritto internazionale amministrativo*) and international administrative law (*diritto amministrativo internazionale*). Here, D. Donati followed a dualistic approach, arguing for a strict distinction between public international law and municipal law. So, he understood administrative international law as an integral part of public international law and international administrative law as an integral part of municipal law. This article aims to address the reception of Donati's thesis on existence of international administrative law (*diritto amministrativo internazionale*) in the subsequent scholarship of public law. It argues that while the term itself has been used in various jurisdictions for several decades, the scholarship has never reached any common understanding on what international administrative law *actually is* and where it belongs. Consequently, several different understandings of the term "international administrative law" have emerged in various jurisdictions. This article argues that absence of this common understanding is not given by *differences* in legal problems, but rather has been a product of an *isolationistic approach* of scholarship to this field of law, which hasn't provided for a common understanding of this academic discipline. Further, this article also argues that despite a common position, the emergence of this branch of law in various jurisdictions demonstrates that international administrative law represents a part of an *ius publicum europaeum*.

KEY WORDS: International administrative law – legal chameleons – legal dualism – public law – international private law

INDEX: Introduction – I. Terminological clarification – II. A sketch of a legal chameleon – 1. A doppelgänger – 2. Part of international private law – 3. Autonomous discipline – III. Nemesis of isolationism – IV. Conclusions

Introduction¹²

In 1906, great Italian scholar and founder of the “Paduan School of Public Law”, D. Donati, discussed³ the issue of mutual relations between international law and administrative law. He reflected upon the fact that several earlier authors⁴ had argued for the existence of an “international administrative law” as a particular discipline of public law that governed international aspects in administrative law. This discussion had emerged as a reaction to various international agreements⁵, addressing international co-operation in various fields of public administration and adopted by European States in the 2nd half of the 19th Century.

In this context, D. Donati presented a more elaborated thesis, reflecting the norms of public law dealing with the internalisation of public administration. Commenting upon a dualistic theory on the distinction

¹This is a written and much expanded version of my lecture entitled “Two faces of international administrative law”, which was held at the Department of Law, University of Naples “Federico II” in 2019. Sincere thanks go to Associate Professor Luigi Ferrara for his cordial invitation and hospitality.

²This research was funded by Czech Science Agency through its project “International Administrative Law: Legal Discipline Rediscovered” (No. 20-01320S).

³D. DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1906, 430-438.

⁴This was, in particular, the case of F. MARTENS, *Das Consularwesen und die Consularjurisdiction im Orient*, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1874; L. STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre*, Stuttgart, Verlag der J.G. Cotta'schen Buchhandlung, 3rd ed, 1887; P. FEDOZZI, *Il diritto amministrativo internazionale. Nozioni sistematiche*, Perugia, Unione tipografica cooperativa, 1901 and of P. KAZANSKY, *Théorie de l'administration internationale*, in *Revue générale de droit international public*, IX/1902, 361-367. The fact is, however, that in strict contrast to D. Donati, earlier authors had understood international administrative law (*internationales Verwaltungsrecht*, *diritto amministrativo internazionale*, *droit administratif international*) as an “umbrella term” for norms governing international administration in the activities of States, international societies and their organs, and international organs such as the various congresses, bureaus, commissions, and international arbitral tribunals.

⁵For example the International Telegraph Convention (1865), the Treaty concerning the formation of a General Postal Union (1874), the Brussels Sugar Convention (1902).

between public international law and municipal law, developed by H. Triepel⁶, D. Donati proposed that two particular subdisciplines be distinguished: Administrative international law (*diritto internazionale amministrativo*) as a part of international public law on one hand, and international administrative law (*diritto amministrativo internazionale*) as a part of municipal law on the other. Here, *diritto internazionale amministrativo* was proposed to address those sources of public international law governing matters of administration. To the contrary, *diritto amministrativo internazionale* was understood as a particular subdiscipline of municipal law, dealing with those administrative relations where a certain foreign element appears.⁷ In this respect, *diritto amministrativo internazionale* represented a kind of parallel of international private law in the realm of public law.

The fact is, that D. Donati denied the proposed distinction as being artificial. Firstly, he argued that one can only barely refer to *any* administrative international law, as there is nothing like an “international administration”. Even administration executed by confederations or by international administrative unions, stemmed – in the understanding of D. Donati - from administrative powers of *participating* sovereign States.⁸ Secondly, he further denied⁹ the existence of international administrative law as a *distinctive* subdiscipline of municipal law. He argued that norms addressing foreign elements in the relations of administrative law do not differ in substance from those norms of administrative law which govern relations of purely domestic nature.

While D. Donati *himself* concluded that the discussed distinction between administrative international law and international administrative law is artificial,

⁶See H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1899, reprint by Aalen: Scientia Antiquariat, 1958, 273. H. Triepel himself mentioned the existence of international administrative law (*internationales Verwaltungsrecht*) in one group of disciplines, along with international criminal law, international private law and international procedural law.

⁷D. DONATI, *op. cit.*, 437-438.

⁸*ibid*, 431.

⁹*ibid*, 447.

his theory on the existence of these two distinctive subdisciplines has influenced several generations of scholars of public law.¹⁰ Today, more than hundred years after it was presented, the thesis on existence of these two subdisciplines of public law is still the subject of inspiration¹¹ and, to a certain extent, controversy.¹²

This article aims to address the reception of Donati's thesis on existence of a specific branch of municipal law (*diritto amministrativo internazionale*) in the subsequent scholarship of public law. It argues that his thesis gained considerable reflection in the scholarship abroad. In this respect, this article identifies various approaches to this branch of law, which emerged in various jurisdictions. Thus, this article will not deal with respective legal frameworks, existing in various jurisdictions, but rather with conceptualisation of these frameworks in legal academia.

Simultaneously, this article aims to argue that despite an impressive reception of Donati's thesis, the subsequent legal scholarship failed to establish

¹⁰In Italian scholarship, see U. BORSI, *Carattere e oggetto del diritto amministrativo internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale* 2/1912, 352-362; J. D' ALESSIO, *Il diritto amministrativo internazionale e sue fonti*, in *Rivista di diritto pubblico* 10, 276-273 (1913); E. BONAUDI, *A proposito di „Diritto amministrativo internazionale“*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia*, 1928, 101-184; A. RAPISARDI MIRABELLI, *Diritto internazionale amministrativo*, Milano, Antonio Milani, 1939; U. FRAGOLA, *Diritto amministrativo internazionale. Manuali di scienze giuridiche ed economiche*, Napoli, Pallerano & Del Gaudio, 1951; G. BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale. La rilevanza degli atti amministrativi stranieri*, Padova, Ed. Antonio Milani, 1964.

¹¹See L. CASINI, *Global Administrative Law scholarship*, in S. CASSESE (ed), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, 548-549. Also see J. TERHECHTE and C. MÖLLERS, *Europäisches Verwaltungsrecht und Internationales Verwaltungsrecht*, in J. TERHECHTE (ed), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, Baden Baden, Nomos Verlag, 2019, 1445-1446.

¹²See S. AGO, *What is 'international administrative law'? The adequacy of this term in various judgements of international administrative tribunals*, in P. QUAYLE (ed), *The role of international administrative law at international organizations*, Leiden, Brill Nijhoff, 2020, 88-102. Here, Professor Shinichi Ago argues (at pp. 90-91) that «Properly, therefore, the notion of 'international administrative law' is closer to the concept of 'international institutional law' or the so-called Global Administrative Law (GAL), proposed by a research group at New York University. Both notions are based on the assumption that there is an international public interest (*intérêt public international*) or global governance which is administered by a set of international rules. GAL, as presented by Professors Kingsbury, Stewart and Krish, covers a wide range of phenomena that present 'administrative' relationships among various stakeholders in the global society. (...) However, 'international administrative law' does not seem to be an appropriate term to define the laws applied by LATS. The fact that LATS are organs of an international administrative institution does not automatically lead us to conclude that they apply 'international administrative law' in its literal legal sense.»

any common understanding of what international administrative law actually is and where it belongs. Thus, this article argues – as its title clearly indicates – that international administrative law represents a salient example of a “legal chameleon”.¹³ In this respect, this article also aims to identify reasons for this common understanding.

Lastly, this article argues that, despite absence of a common understanding concerning what international administrative law is, the spontaneous emergence of this branch of law in various jurisdictions demonstrates that the idea of a *diritto amministrativo internazionale* must be considered as a part of a common public law of Europe (*ius publicum europaeum*).¹⁴

I. Terminological clarification

The issue deserves a terminological clarification. The implications of the terms, which were used by Donati, were twofold.

On one hand, in the Italian original, the distinction between *diritto internazionale amministrativo* and *diritto amministrativo internazionale* clearly implies the different fields of legal relations involved. While *diritto internazionale amministrativo* refers to public international law, governing the relations between sovereign States (subjects of international public law), *diritto amministrativo internazionale* refers to municipal law, addressing relations between the State and its subject in the relations of administrative law. In this respect, the terms used by D. Donati in Italian are perfectly capable of reflecting the dualistic approach to public international law on the one hand and municipal law on the other.

The other Romance languages possess the same capacity to express the essence of this dualistic approach: So, in the Francophone scholarship, the

¹³A “legal chameleon” represents a feature in law, which appears differently when analysed from theoretical perspectives. See e.g. A. C. BOHRNSEN and J. E. RYAN, *Tort Law in Washington: A Legal Chameleon*, in *Gonzaga Law Review*, 1975/1976, 73-132.

¹⁴See e.g. J. BARNES, *New Frontiers of Administrative Law: A Functional and Multi-Disciplinary Approach*, in H. J. BLANKE, P. CRUZ VILLALÓN, T. KLEIN and J. ZILLER (eds), *Common European Legal Thinking. Essays in Honour of Albrecht Weber*, Vienna, Springer International, 2015, 563-588.

terms *droit international administratif* and *droit administratif international* were used.¹⁵ Similarly, the Latin American scholarship has referred to *derecho internacional administrativo* and to *derecho administrativo internacional*.¹⁶ Also the Slavonic languages have the capacity to capture the difference between the two fields being discussed.¹⁷ However, the fact is that these terms have never been used consistently. Thus, the terms *droit administratif international* and *derecho administrativo internacional* were also regularly used as “umbrella terms” – to cover administrative issues arising in international relations in general.¹⁸

On the other hand, Donati's terminology represented a problem for those scholars outside the family of Romance languages. In German scholarship, K. Neumeyer explicitly referred¹⁹ to Donati in the introductory note to the 4th volume of his monumental monograph. He proposed²⁰ to use the terms *Verwaltungsvölkerrecht* and *internationales Verwaltungsrecht*. While the first term was proposed to refer to those part of public international law governing the issues of administration, the second was used by Neumeyer to designate a particular field of administrative law governing relations with certain foreign

¹⁵See K. NEUMEYER, *Le droit administratif international*, in *Revue générale de droit international public*, 1911, 492-516 ; J. GASCON Y MARIN, *Les transformations du droit administratif international*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1930, 6-32 ; P. NEGULESCU, *Principes du droit international administratif*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1935, 595-625; P. WEIL, *Le Droit administratif international: bilan et tendances*, Paris, Institut des hautes études internationales, 1962; M. S. NGUYEN, *Droit administratif international*, in *Revue de droit suisse*, 2007, 77-125 etc.

¹⁶See C. G. OVIEDO, *Derecho administrativo*, Madrid, E.I.S.A., 4th ed, 1953, 15-16 ; A. GUAITA, *Derecho administrativo especial*, Tomo I., Madrid/Zaragoza, Librería General, 1960, 28-29; R. MANADÉS, *Introducción al derecho administrativo internacional*, Buenos Aires, Novum, 2014, 12; J. A. MENDÉS RIVERA and A. OLGUÍN TORRES, *El Derecho internacional administrativo y su relación con el Derecho internacional ambiental*, in T. RENDÓN HUERTA BARRERA and J. J. SORIANO FLORES (eds), *Reflexiones jurídicas contemporáneas*, Guanajuato, Universidad de Guanajuato, 2015, 233-254.

¹⁷See J. HANDRLICA, *A treatise for international administrative law*, in *The Lawyer Quarterly* 4/2020, 274-282.

¹⁸See J. GASCON Y MARIN, *Les fonctionnaires internationaux*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1932, 721-797 (here, the term “droit administratif international” refers to the sources of international public law).

¹⁹K. NEUMEYER, *Internationales Verwaltungsrecht. Vierter Band. Allgemeiner Teil*, Zürich, Verlag für Recht und Gesellschaft AG, 1936, 3-4.

²⁰*ibid*, 20-24.

elements. However, the distinction embodied in these two terms has not been consistently followed in the subsequent scholarship.

Thus, some three decades later, K. Vogel bitterly observed²¹ in his habilitation thesis that the German language does not possess terms that would appropriately reflect the difference, embodied in Italian *diritto internazionale amministrativo* and *diritto amministrativo internazionale*. Consequently, the term *internationales Verwaltungsrecht* has been used by German scholars in several meanings. While some scholars²² used this term rigorously in the sense of Donati's *diritto amministrativo internazionale*, others argued for a broader usage, covering also what Donati understood as *diritto internazionale amministrativo*.²³ The Dutch scholarship, which has used the term *internationaal administratiefrecht*, has faced similar terminological difficulties.²⁴

Nor has the terminology been consistent in English-written scholarship. Some early authors²⁵ from the United States used the term *international administrative law* to refer to the law of international administrative unions.²⁶ Consequently, the term came to be used²⁷ in the scholarship in order to refer

²¹K. VOGEL, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm. Eine Untersuchung über die Grundfragen des sog. internationalen Verwaltungs- und Steuerrechts*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner, 1965, 161. It is interesting to note that the author himself referred to the "so called international administrative law", instead of the "international administrative law" in the title of his book.

²²See T. MERKLI, M. EICHBERGER and A. BATLINER, *Internationales Verwaltungsrecht, das Territorialitätsprinzip und seine Ausnahme*, in *Liechtensteinische Juristen-Zeitung* 10/2003, 82-94; C. MÖLLERS, A. VOSSKUHLE and C. WALTER (eds), *Internationales Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007; G. BIAGGINI, *Die Entwicklung eines internationalen Verwaltungsrecht als Aufgabe der Rechtswissenschaft* in C. HILLGRUBER, U. VOLKMANN, G. NOLTE and R. POSCHER (eds), *Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts*, Berlin, De Gruyter, 2014, 413-440.

²³See H. ERICHSEN and D. EHLERS (eds), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, De Gruyter, 14th ed, 2010, 188-192.

²⁴See O. JANSEN, *Internationaal bestuursrecht weer voor het voetlicht*, in W. DEN OUDEN, T. BARKHUYSEN, B. MARSEILLE, R. SCHLÖSSELS and H. PETERS (eds), *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid*, Haag: Wolters Kluwer, 2018, 425-439.

²⁵See P. REINSCH, *International administrative law and national sovereignty*, in *American Journal of International Law* 3/1909, 1-45; P. REINSCH, *Public International Unions: Their Work and Organization. A Study in International Administrative Law*, Boston, Ginn and Company, 1911; F. SAYRE, *Experiments in International Administration*, New York: Harper & Brothers, 1919.

²⁶Such as Universal Postal Union, International Telecommunications Union, International Commission for Air Navigation etc.

²⁷See D. G. PARTAN, *International administrative law*, in *American Journal of International Law*, 2/1981, 639-644; C. F. AMERASINGHE, *The future of international administrative law*, in *Inter-*

either to the administrative activities of international organisations, or to their own internal administration. In parallel, the term *international administrative law* has also been used in literature²⁸ to refer to the field of municipal law that D. Donati labelled as *diritto amministrativo internazionale* and which is a subject of interest in this article. Thus, one can very easily observe that authors writing in English have regularly used the same term to label very different fields of public law.

The fact is that the scholarship reacted on this *ambiguous* use of the term *international administrative law* in literature, proposing several alternatives. Use of the terms *administrative international law* and *international administrative law* was once proposed²⁹ and is also being used in this article. However, this terminology hasn't been generally accepted in legal scholarship. In German scholarship, the term *öffentliches Kollisionsrecht* ("a public choice-of-law") was proposed³⁰ to react to the ambiguous use of international administrative law, however, in the same meaning and Donati's *diritto amministrativo internazionale*. More recently, the term *transnational administrative law* has been proposed as an alternative to *international administrative law* and this term is being gradually used by many European scholars.³¹

national and Comparative Law Quarterly, 4/1996, 773-795; E. D. KINNEY, *The emerging field of international administrative law: its content and potential*, in *Administrative Law Review* 2/2002, 415-433; C. D. COOKER, *The effectiveness of international administrative law as a body of law*, in *Queen Mary Studies in International Law*, 2012, 319-332; P. QUAYLE, *The Modern Multilateral Bureaucracy: What is the Role of International Administrative Law at International Organisations?*, in P. QUAYLE (ed), *The role of international administrative law at international organizations*, Leiden, Brill Nijhoff, 2020, 1-21.

²⁸See K. VOGEL, *Administrative Law: International Aspects*, in R. BERNHARDT (ed), *Encyclopedia of Public International Law, Vol. 9: International Relations and Legal Cooperation in General*, Amsterdam, North Holland, 1986, 3-6.

²⁹E.g. M. RUFFERT and S. STEINECKE, *The Global Administrative Law of Science*, Heidelberg, Springer, 2011, 21.

³⁰See C. OHLER, *Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 3.

³¹See S. W. SCHILL, *Transnational legal approaches to administrative law*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1/2014, 1-33; K. SOMMERMANN, *Objectives and methods of a transnational science of administrative law*, in J. BLANKE, P. VILLALON, T. KLEIN and J. ZILLER (eds), *Common European Legal Thinking: Essays in Honour of Albrecht Weber*, Vienna, Springer International, 2015, 543-561; J. A. GONZALEZ, *The overcoming of territorial paradigm ad its effects in administrative law. Normative basis of transnational administrative law*, in *Revista de derecho político*, 1/2018, 157-190 etc.

The author of this article is aware of ambiguity of the term *international administrative law*. However, despite proposals towards a new terminology, this article is using this traditional, yet somewhat controversial term. This is to pay homage to the authors of the past and to the tradition of legal scholarship of Europe.

II. A sketch of a legal chameleon

The difficulties with terminology that were briefly outlined above, go hand in hand with problems in understanding what *international administrative law* actually is.³² While Donati discussed the existence of this particular field of law, he failed to address the question of what, exactly, is the actual content of this branch and what are its relations to other fields of public, or private law. Due to the emergence of a set of particular norms dealing with foreign elements in the relations of administrative law in various jurisdictions, the above-mentioned questions triggered the attention of the subsequent legal scholarship.³³

One may at least identify three various approaches to what *international administrative law* actually is. Firstly, several authors have understood international administrative law as an integral part of administrative law of their respective jurisdictions, which represents a kind of a twin-stranger (doppelgänger) of international private law. Secondly, another understanding has emerged, arguing that international *administrative* law actually represents a part (or a sub-discipline) of international *private* law. Lastly, some authors have argued that international administrative law actually represents a field of its own. Despite differences in these approaches, all of them are, to a certain

³²This juxtaposition between the ambiguity in terminology and the various interpretations of its content was firstly thematised in F. MATSCHER, *Gibt es ein Internationales Verwaltungsrecht?* in O. SANDROCK (ed), *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979*, Berlin, De Gruyter, 1979, 641-650.

³³See M. A. ANTONESCO, *Essai de détermination méthodologique du droit administratif international*, in P. NEGULESCU (ed), *Mélanges Paul Negulescu*, Bucureşti, Monitorul oficial i Imprimeriile statului, 1935, 230-235.

extent, based on the Donati thesis on the existence of a particular branch of municipal law that addresses international aspects of public administration.

The following paragraphs aim to address these three various approaches and their mutual relations.

1. A doppelgänger

The thesis on the existence of international administrative law (*diritto amministrativo internazionale*) as a branch of municipal law gained considerable attention, especially in the German scholarship. Here, it was that K. Neumeyer further elaborated this thesis.³⁴ Neumeyer himself presented³⁵ a very detailed knowledge of the contemporary Italian scholarship, addressing the subject and considering the dualistic approach developed by Donati, as “the highlight of the scientific debate” on this topic.³⁶

When presenting his concept of an international administrative law (*internationales Verwaltungsrecht*), Neumeyer argued that this field of law represents a kind of parallel to the field of international private law in the realm of public law.³⁷ While international private law aims to address cases, where a foreign element appears in the relations of private law, the aim of international administrative law was to *govern* those cases, where such foreign elements arise in the relations of public law.

³⁴For further details on the personality and academic achievements of K. Neumeyer, see H. BREITENBUCH, *Karl Neumeyer – Leben und Werk (1869–1941)*, Berlin, Peter Lang, 2013. Apart from common interest in the field of international administrative law, another similarity between both academicians must be mentioned here. In the same vein as D. Donati, K. Neumeyer also became a target of political persecution because of his Jewish origin in the 1930s. However, while D. Donati escaped from persecution by exile in Switzerland, K. Neumeyer refused any opportunity to emigrate from Germany and in 1941 committed suicide along with his wife in their apartment in Munich. This tragedy also echoed abroad, see e.g. H. J. MORGENTHAU, *Professor Karl Neumeyer*, in *American Journal of International Law*, 3/1941, 672.

³⁵K. NEUMEYER, *op. cit.* sub 18 above, 3-4 and in particular, in fn. 23, 24 and 25.

³⁶*ibid.*, 3.

³⁷In this respect, K. Neumeyer further elaborated arguments of two earlier German scholars, namely those of Ernst Issay and Fritz Stier-Somlo. See E. ISAY, *Internationales Verwaltungsrecht*, in F. STIER-SOMLO and A. ELSTER (eds), *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. 3*, Berlin, De Gruyter Recht, 1928, 344 and F. STIER-SOMLO, *Grundprobleme des internationalen Verwaltungsrechts*, in *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* 1930/1931, 222-228.

In contrast to the realm of public law, the field of international private law possessed its own dogma and principles, which Neumeyer used to conceptualise international administrative law. In this respect, he argued that international administrative law is being composed by the norms of various substantive fields of administrative law – such as traffic law, water law, university law, mining law, tax law etc. Indeed, Neumeyer approached the issue of conceptualization of international administrative law by addressing various branches of the extant substantive law of the German Empire and the subsequent Weimar Republic in the first three volumes of his monumental monograph, entitled “International Administrative Law”.³⁸ Only afterwards, the fourth volume was aimed at addressing systematic issues of international administrative law as an academic discipline.³⁹

When analysing various branches of substantive law, Neumeyer identified several types of legal norms that – according to his opinion – composed the backbone of international administrative law. He referred to these as “delimiting norms”⁴⁰ and this term gained considerable reception in the subsequent German scholarship.⁴¹ In this respect, his concept was built upon the dogma of *unilaterality* of international administrative law.⁴² Pursuant to this dogma, foreign law is unable to produce any effect *vis-à-vis* municipal law.

Consequently, special regulation of any foreign element⁴³ must always be provided by the norms of municipal law. For example, any exemption of

³⁸See K. NEUMEYER, *Internationales Verwaltungsrecht, Innere Verwaltung I.*, München, J. Schweitzer Verlag, 1910 (passports, health and safety, societies and foundations, education, nobility, church), K. NEUMEYER, *Internationales Verwaltungsrecht, Innere Verwaltung II.*, München, J. Schweitzer Verlag, 1922 (natural resources, enterprises, social security), K. NEUMEYER, *Internationales Verwaltungsrecht, Innere Verwaltung III.*, München, J. Schweitzer Verlag, 1926 (road traffic, rail traffic, inland water traffic, aviation traffic).

³⁹K. NEUMEYER, *op. cit.* sub 19 above.

⁴⁰*ibid.*, 121-126.

⁴¹See e.g. J. MENZEL, *Internationales Öffentliches Recht, Verfassungs-und Verwaltungsgrenzrecht in Zeiten offener Staatlichkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, 21-22.

⁴²K. NEUMEYER, *op. cit.* sub 19 above, 115.

⁴³For example a foreign citizen, diplomatic personnel of a foreign State, foreign certificate, such as driving licence, pilot licence, university diploma etc.

diplomatic corps from the tax obligations of the respective State must be provided by the municipal tax law. The legal obligations of foreign certificates, such as driving licenses, university diplomas, vaccination passports, must be – in the same vein – provided by the norm of municipal law. In this respect, Neumeyer argued that there were delimiting norms, which require application of such foreign law in certain legal relations, where a foreign element appears. At the same time, a delimiting norm may also provide for recognition of foreign administrative acts in the municipal law. Thus, classification of delimiting norms in international administrative law was proposed, reflecting the dichotomy between *direct* and *indirect* application of foreign law, which remains in the scholarship of international private law.

At the same time, Neumeyer also provided for a strict delimitation of the field of international administrative law *vis-à-vis* other areas of law.⁴⁴ In this respect, he strictly followed the thesis developed by Donati, arguing for a dualistic distinction between *diritto internazionale amministrativo* and *diritto amministrativo internazionale*. In this respect, Neumeyer did not deny that States may enter into mutual agreements, governing certain aspects of public administration. However, in the same vein as Donati, he understood legal relations established by such agreements to be of relevance *only* for States or other subjects of international public law.⁴⁵

In this respect, relations between the State and its citizens can only be provided by the norms of municipal law, i.e., by the field of international administrative law. Consequently, delimiting norms may represent the reflection of international agreements, as adopted by the respective State. However, international administrative law is not necessarily limited to those cases, where an international agreement requires reception, as a sovereign State may also opt for a unilateral solution in certain cases where a foreign element appears.

⁴⁴K. NEUMEYER, *op. cit.* sub 19 above, 20-25.

⁴⁵K. NEUMEYER, *op. cit.* sub 19, in particular fn. 2.

The fact is that Neumeyer's concept of international administrative law was based on the thesis that each of the (sub)disciplines of administrative law contain specific norms governing relations with a foreign element. Consequently, under this understanding, international administrative law fails to represent a homogenous field of law. Rather, it serves an *auxiliary* function. Therefore, Neumeyer also labelled his international administrative law as a "delimiting law" – a kind of "parallel" to international private law.

The concept of international administrative law, which was developed by Neumeyer gained considerable credence in the subsequent German scholarship.⁴⁶ The concept of international administrative law as a set of delimiting norms, governing relations of public law where any foreign element appears, is considered – despite the fragmented and unharmonized nature of this field of law – as a viable one even today.⁴⁷ This line of legal thinking later emerged into conceptualization of new (sub)disciplines of public law in the scholarship regarding international tax law, international social security law, international aviation law etc.⁴⁸

Simultaneously, however, in the subsequent scholarship, the concept presented by Neumeyer also became the subject of criticism. Thus, three decades after Neumeyer, K. Vogel questioned⁴⁹ the entire concept of international administrative law. He argued that while in the field of private law,

⁴⁶See H. SCHLOCHAUER, *Internationales Verwaltungsrecht*, in F. GIESE (ed), *Die Verwaltung*, Braunschweig, Loseblatt, 3rd ed, 1955, 56-59; E. STEINDORFF, *Internationales Verwaltungsrecht*, in K. STRUPP (ed), *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin, De Gruyter, 1962, 581-592; G. HOFFMANN, *Internationales Verwaltungsrecht*, in I. MÜNCH (ed), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlin, De Gruyter, 1985, 851-562; C. OHLER, *Internationales Verwaltungsrecht – ein Kollisionsrecht eigener Art?*, in S. LEIBLE, M. RUFFERT (eds), *Völkerrecht und Internationales Privatrecht*, Jena, Jaener Wissenschaftlicher Verlag, 2006, 131-148; J. MENZEL, *Internationales Öffentliches Recht. Verfassungs- und Verwaltungsgrenzrecht in Zeiten offener Staatlichkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, 48-50 etc.

⁴⁷Accord in C. OHLER, *op. cit.* sub 29 above, 6.

⁴⁸See T. RUPP, J. T. KNIES, J. P. OTT, T. FAUST, M. HÜLL, *Internationales Steuerrecht*, Stuttgart, Schäffer Poeschel Verlag, 4th ed., 2018; G. BRÄHLER, *Internationales Steuerrecht. Grundlagen für Studium und Steuerberatung*, Wiebaden, Gabler Verlag, 2010, 2-6; R. REK, M. BRÜCK, A. LABERMEIER, S. PACHE, *International ales Steuerrecht in der Praxis*, Wiebaden, Gabler Verlag, 2008, 19-20 etc.

⁴⁹K. VOGEL, *op. cit.* sub 21 above, 237.

various legal regimes existing in different jurisdictions are considered to be equal by the sovereign States, there is no such equality in the realm of public law. Consequently, any parallel drawn between international private law and the field of public law is – as argued by K. Vogel - an erroneous one.

More recently, a “plea for a new international administrative law” was made.⁵⁰ In this respect, it was argued that «*the prevalent usage of international administrative law refers to the public law on conflict of laws, developed in linguistic parallel to private international law, which is to say, it refers to national laws on the applications of laws in fact constellations with a foreign link.*»⁵¹ Again, this concept of international administrative law has become subject to criticism, however, from another viewpoint as made by Vogel half a Century ago.

Recently, E. Schmidt-Assmann charged that «*administrative law scholarship should abandon the inaccurate parallel and radically reorder the formation of terminology. International administrative law is to be understood as the administrative law originating under international law.*»⁵² This position reflects the increasing number of norms governing public administration and being contained in the sources of international public law itself. Such norms govern in particular the areas of administrative co-operation among the administrative authorities of respective States and the establishment of various networks of co-operation.

Even this position, however, echoes Donati's thesis on the existence of a *diritto amministrativo internazionale*, as it explicitly claims that *national administrative law “remains the main point of orientation for the practical administrative activity of most agencies.”*⁵³

2. Part of international private law

The Donati thesis on the existence of a particular branch of law (*diritto amministrativo internazionale*) also gained considerable attention in the field of

⁵⁰See E. SCHMIDT-ASSMANN, *The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship*, in *German Law Journal* 2008, 2061-2076.

⁵¹*ibid*, 2076-2077.

⁵²*ibid*, 2077.

⁵³*ibid*.

international private law. This line of argument has also understood international administrative law as a part of municipal law, i.e., as a “national project” of the respective jurisdiction.

Here, a major line of scholarship has emerged in various European jurisdictions, which has considered international administrative law to actually be a particular sub-discipline of international private law.⁵⁴ The reasons for this concept of international administrative law are twofold. Firstly, the fact is that norms addressing foreign elements in the relations of administrative law lack any codification in various national jurisdictions. Consequently, this fragmented and un-codified nature of international administrative law has caused a myriad of application questions. For example, if a norm of domestic law required application of administrative law of another State by a domestic administrative authority, how will such authority proceed by obtaining information about the content of such foreign law? Further, how will such administrative authority proceed in a case, if it will prove impossible to find out the content of the foreign law that is required to be applied? While norms of administrative law do not provide an explicit answer, the norms of international private law offer solutions to these problems by written rules.

Secondly, international private law has traditionally dealt with the problem of mutual recognition, particularly in those cases when foreign acts imply effects *vis-à-vis* the relations of private law. In this respect, the norms of international private law in various jurisdictions have traditionally addressed the issue of mutual recognition of foreign judgements. The fact is however that various measures, also issued by the administrative authorities, are capable to cause legal effects in the sphere of private law.

⁵⁴See L. BAR, *Internationales Privat-, Straf- und Verwaltungsrecht mit Einschluß des Zivilprozeß- und des Strafprozeßrechtes*, in F. HOLZENDORFF, J. KOHLER (eds), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 7th ed, 1914, 223-230; G. LIPPERT, *Handbuch des Internationalen Finanzrechts*, Wien, Oesterreichische Staatsdruckerei, 2nd ed, 1928, 11 (arguing, that international tax law belongs to the realm of international private law); J. WEISBART, *Internationales Privatrecht und öffentliches Recht*, *Juristenzeitung* 6/1956, 769-776; K. VOGEL, *Qualifikationsfragen in Internationalen Verwaltungsrecht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts* 84/1959, 54-68; P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1976, 5-7 etc.

Consequently, the problem of administrative acts as foreign elements has traditionally triggered attention of the scholarship of international private law. The fact is that the approach as outlined, also gained favour outside the region of Europe, in particular in the legal academy of certain Latin American countries.⁵⁵

3. Autonomous discipline

Lastly, a third line of understanding what international administrative law actually is, has emerged in legal scholarship. Pursuant to this line of argument, international administrative law represents a kind of “delimiting law” *sui generis*, which differs considerably from the ordinary substantive administrative law. To a certain respect, this line of argument followed the thesis of Neumeyer, who argued for a strict separation of public law governing the legal status of third-country nationals⁵⁶ and international administrative law.⁵⁷ This approach, gained considerable support by scholars of public law.⁵⁸ The fact is that this approach was also quite regularly reflected in the scholarship of international private law.⁵⁹

Neither has this approach been consequently followed in legal scholarship. E. Bonaudi criticized⁶⁰ the conceptualisation of international

⁵⁵See H. M. ENNIS, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, D. T. Lelong Editores, 1953, 571 (here, the author argued that international tax law represented a part of international private law); O. A. TENÓRIO, *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 11th ed, 1976, 471 etc.

⁵⁶Fremdenrecht, droit des étrangers, diritto degli stranieri.

⁵⁷K. NEUMEYER, *op. cit.* sub 19 above, 83-89.

⁵⁸See R. H. HERRNRITT, *Grundlehren des Verwaltungsrecht: mit vorzugsweiser berücksichtigung der in Österreich (Nachfolgestaaten) geltenden rechtsordnung und praxis dargestellt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1925, 101-108; F. REU, *Anwendung fremden Rechts. Eine Einführung*, Berlin, Junker und Dünhaupt, 1938, 102-104; T. FLEINER-GERSTER, *Grundzüge des Allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrecht*, Zürich, Schulthess, 2nd ed, 1980, § 10 (“In fact, we can today refer about international administrative law as about an independent discipline”); C. BREINING-KAUFMANN, *Internationales Verwaltungsrecht*, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 2/2006, 125 (“international administrative law represents a legal discipline *sui generis*”).

⁵⁹See G. LIPPERT, *Handbuch des Internationales Finanzrechts*, 2nd ed., Oesterreichische Staatsdruckerei, Vienna, 1928, 11 (arguing, that international tax law belongs to the realm of international private law); J. P. NIBOYET, *Les doubles impositions au point de vue juridique*, in *Recueil des Cours de l'Académie de la Droit International*, 1930, 44-65 etc.

⁶⁰See E. BONAUDI, *op. cit.*, 144.

administrative law as a “delimiting law” *sui generis*, arguing that due to lack of any codified norms, this branch of law merely represents a part of substantive administrative law. Later, Vogel argued that statutory provisions delimiting administrative law more often than not are embodied in substantive law, since this delimitation is prerequisite for the application of substantive administrative law.

Such provisions are considerably less abstract than those of international private law and are more closely connected to the structure and policies of the substantive law in question. “It follows from this (frustrating through this may be for a specialist in conflicts law) that it will be at best impractical, and to large extent impossible to treat these provisions separately from substantive law, since they fail to constitute a province of law of their own.”⁶¹

Consequently, Vogel argued that international administrative law cannot represent itself as autonomous from the strictly separated substantive administrative branch of public law. Several current authors⁶² also share this viewpoint.

* * *

The above-mentioned outline of various perceptions of international administrative law in different national academia underlines the “chameleonic” nature of this field of law. This outline also demonstrates that the uncertainty regarding the nature of international administrative law represents an invariable feature in the legal scholarship. Here, one may agree with J. Terhechte and C. Möllers, who argued that even after decades of research, “international administrative law still represents more a field of emerging research, than an established legal discipline”.⁶³

⁶¹See K. VOGEL, *op. cit.* sub 28 above, 5.

⁶²See J. MENZEL, *op. cit.*, 21.

⁶³See J. TERHECHTE and C. MÖLLERS, *op. cit.*, 1445.

At the same time, the various perceptions of the existence of international administrative law in different jurisdictions shows impact of the thesis, presented by D. Donati. In particular German authors had referred to his concept of *diritto amministrativo internazionale* in their works. Indirectly, the thesis of D. Donati has subsequently influenced also the scholarship in Latin America.

At the same time, conceptualisation of international administrative law in various jurisdictions hasn't been necessarily the reception of the thesis presented by D. Donati. Such conceptualisation has been regularly just a reflection of domestic law, governing specific relations where a foreign element appeared. However, also in this respect, the thesis of D. Donati may be considered as prophetic one.

III. Nemesis of isolationism

As outlined above, the Donati thesis of has gained a wide reflection in legal scholarship over the last Century in Europe and beyond. Nearly six decades after the thesis was published in Italy, K. Vogel observed in his book turned into a habilitation thesis that the entire existing legal research on international administrative law began with D. Donati.⁶⁴ However, as previously indicated, the subsequent legal scholarship has never agreed upon any common understanding of what international administrative law actually is. The reasons for this lack of common understanding are twofold.

In the same vein as international private law,⁶⁵ international administrative law has been understood as a “national project”. Legislations in various jurisdictions have addressed the issue of foreign elements appearing in the relations of public law. Thus, different national legislations have established their own rules to address the existence of various foreign elements. These national legislations have reflected autonomous institutions of administrative

⁶⁴See K. VOGEL, *op. cit.* sub 21, 161.

⁶⁵See A. H. NEIDHARDT, *The transformation of European private international law: a genealogy of the family anomaly*, Florence, European University Institute, Ph.D. thesis, 2018, 20-21.

law, existing in various jurisdictions. At the same time, these national legislations also reflected mutual relations between international public law and municipal law in these various legislations, i.e., various forms of monistic and dualistic approaches to this issue. Also, the lack of any harmonization of rules governing foreign elements in the relations of public law, which appears to be common in various jurisdictions, also contributed to the absence of a common understanding of this branch of law.⁶⁶

So, we can only barely refer to any universal international administrative law, but rather about various and to a certain extent quite different frameworks of international administrative law of the respective jurisdictions. In this regard, the concept of international administrative law has also been reflected in the scholarship of public law, existing in various national academia.⁶⁷ Consequently, this isolationistic approach to the issue discussed has implied various perceptions of the subject in various national scholarships.

However, the absence of a common understanding concerning what international administrative law is, cannot be explained only by the existence of various national approaches. As indicated above, the differences in perception of the discussed field of law have existed even *within* the national jurisdictions. The fact is that the concept of international administrative law as proposed by D. Donati stood upon a strict dualistic approach to two realms of legal relations. Here, the mutual relations between sovereign States and the relations between the State and its citizens stood in a splendid contradiction.

⁶⁶See J. HANDRLICA, *A treatise for international administrative law. Part II: On overgrown paths*, in *The Lawyer Quarterly* 1/2021, 178-181.

⁶⁷See e.g. M. POTOČNÝ, *Výklad českého mezinárodního práva správního*, in V. MIKULE, V. SLÁDEČEK, V. VOPÁLKA (eds), *Veřejná správa a právo. Pocta Dušanu Hendrychovi k 70. narozeninám*, Praha, C. H. Beck, 1997, 213-220 (international administrative law of the Czech Republic); F. SEYERSTED, *Interlegal offentlig rett, særlig internasjonal forvaltingsrett*, in A. BRATHOLM, T. OPSAHL, M. AARBAKKE (eds), *Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festskrift til Torsten Eckhoffs 70-årsdag*, Oslo, Tano Aschehoug, 1986, 599-620 (international administrative law of Norway); J. R. STELLINGA, *Internationaal administratiefrecht*, in *Nederlands Juristenblad* I/1946, 33-40 (international administrative law of the Netherlands); A. TACHOS, *Le «droit administratif international» hellénique*, in *Revue hellénique de droit international*, 1986, 179-195 (1986) (international administrative law of Greece) etc.

In this respect, K. Neumeyer presented a literal reception of the thesis, as presented by D. Donati, when arguing that “there is no administrative law apart from municipal law”.⁶⁸ However, the Donati thesis of inevitably reflected the state-of-art of public administration existing at the beginning of the last Century. In this respect, the modern scholarship of administrative law posed a legitimate question as to whether the basic concept, which stand upon the antagonistic differentiation between international public law and municipal law with respect to public administration, remains viable.⁶⁹

The fact is, that the concept of *diritto amministrativo internazionale* as proposed by D. Donati had inevitably reflected the realities of public administration that existed at the beginning of the 20th Century. However, while the thesis that “there is no administrative law apart of municipal law”⁷⁰ had perfectly reflected the state-of-art of public administration one hundred years ago, using this thesis today would trigger serious questions.

Having said this, one may also argue that the absence of any common understanding of what international administrative law is, is also implied by the fact that the original concept reflected a rather isolationistic design of public administration.⁷¹ Public administration is no longer limited to the simple relations between the State and its citizens, but came to be composed of a complex of more elaborated relations.

Firstly, various networks of mutual relations between the administrative authorities of different States have been established, both under the international public and EU law. Secondly, administrative functions are not being executed exclusively by the administrative authorities of the States, but also by the authorities of international organizations. Thirdly, a complex

⁶⁸K. NEUMEYER, *Vom Recht der Auswärtigen Verwaltung und verwandten Rechtsbegriffen*, in *Archiv des öffentlichen Rechts* 3/1913, 129, 133.

⁶⁹See E. SCHMIDT-ASSMANN, *op. cit.*, 2077.

⁷⁰K. NEUMEYER, *op. cit.* sub 67 above, 133.

⁷¹See H. P. LOOSE, *Administrative law and international law: The encounter of an odd couple*, in P. H. F. BEKKER, R. DOLZER, M. WAIBEL (eds), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 380-405.

system, which has been labelled as the Union of Composite Administration has emerged under the umbrella of the European Union. Within this complex system, the administration is being executed by national authorities, agencies of the EU and also the authorities of other States. Thus, one may argue that with respect to the current design of administrative relations, the strict dichotomy between *diritto internazionale amministrativo* (as a part of international public law) on one hand and *diritto amministrativo internazionale* (as a part of municipal law) is no longer capable of addressing the complexities of public administration.

In the light of these considerations, one could easily advocate abandoning of the traditional dualistic approach as outdated. In this respect, one must ask how to evaluate the concept of *diritto amministrativo internazionale*, as proposed by D. Donati, with respect to the realities of today. Here, this article aims to make two following observations:

Firstly, the fact is that international administrative law has emerged as a “national project” in various jurisdictions. Thus, the emergence of the norms addressing foreign elements in the relations of administrative law in various national regimes has not been a consequence of any targeted harmonization, or unification by the means of international public law, but merely the product of the necessity to reflect the existence of such foreign elements. Neither has the emergence of international administrative law been a product of any regional legal framework. In this respect, international administrative law can be considered as the perfect antithesis of EU administrative law, which relies on such regional grounds.

Despite this lack of a common legal basis in the means of international public law, or EU law, one may argue that European international administrative law has definitively emerged. The fact is that, independently from the developments in international public law, the norms addressing foreign element in administrative relations were adopted spontaneously in various European jurisdictions. In the decades after the D. Donati thesis of

was published, the legal scholarship has conceptualized the notion of international administrative law in Germany⁷², the Netherlands⁷³, Switzerland⁷⁴, Greece⁷⁵, Norway⁷⁶ etc. Thus, one may argue that, in parallel to the processes of legal harmonization and unification, various “national” regimes of international administrative law have emerged.

Consequently, international administrative law seems to represent a part of the existing common European legal tradition, without being necessarily linked to any formalized supra-national frameworks.

The second observation is of major importance. Despite emerging systems of administrative co-operations in international public law and EU administrative law, municipal law still represents the backbone of administrative law in various States. This applies, in particular to those jurisdictions which follow a dual approach to the mutual relations between national law and international law. From this perspective, the concept of *diritto amministrativo internazionale* as a particular field of municipal law, addressing foreign elements, also seems viable today. Taking the increasing number of cases, where foreign subjects, foreign public law and foreign authorities interact with the domestic structures of public administration, one may argue that the concept of *diritto amministrativo internazionale* can be considered – despite dogmatic differences regarding its place within the realms of public/private law – as a viable one.

In the same vein as administrative law, international administrative law also must be considered as a “national project” and consequently, instead of referring to a *universal international administrative law*, we must defer to the German, French, Italian, Spanish, or to Dutch international administrative law.

⁷²See C. OHLER, *op. cit.*

⁷³See J. R. STELLINGA, *op. cit.*

⁷⁴See M. S. NGUYEN, *op. cit.*

⁷⁵See A. TACHOS, *op. cit.*

⁷⁶See F. SEYERSTED, *op. cit.*

In this regard, this article argues that the D. Donati thesis may also be recently considered as viable.

IV. Conclusions

This article aimed to address the reception of D. Donati's thesis on existence of international administrative law (*diritto amministrativo internazionale*) in the subsequent scholarship of public law. It argues that while the term itself has been used in various jurisdictions for several decades, the legal scholarship has never reached any common understanding on what international administrative law *actually is* and where it belongs. Consequently, several different understandings of the term "international administrative law" have emerged in various jurisdictions. In this respect, international administrative law represents a kind of a "legal chameleon".

In this respect, this article argues that absence of this common understanding is not given by *differences* in legal problems, but rather has been a product of an *isolationistic approach* of scholarship to this field of law, which hasn't provided for a common understanding of this academic discipline. Further, this article also argues that despite a common position, the emergence of this branch of law in various jurisdictions demonstrates that international administrative law represents a part of an *ius publicum europaeum*.

PAVLO V. VOVK

PhD in Law, the Head of the Court, Kyiv District Administrative Court, judge, Kyiv, Petra
Bolbochana St, 8,1, Ukraine ORCID ID: 0000-0002-8187-1849

pavlo.vovk11@gmail.com

AMENDMENTS TO THE MODERN PROCESSUAL FORM OF ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS UNDER CONDITION OF QUARANTINE CAUSED BY COVID-19

ABSTRACT

In modern realities the study of the processual form of administrative proceedings under quarantine caused by COVID-19 is important due to the increased need to protect the rights, freedoms and legitimate interests of individuals.

The purpose of the study is to analyze the modern processual form of administrative proceedings and the compliance of law modifications with the quarantine conditions caused by COVID-19. The methodological basis of the study represents a set of updated methods of scientific research. The use of formal-logical and structural-functional methods allowed to highlight the elements of the processual form of administrative proceedings and to characterize the main aspects of their transformation, including processing in the quarantine period and restrictions caused by COVID-19. It is of interest to analyze the introduction of an electronic court, electronic exchange of processual documents, as well as participation in court sessions in the mode of the videoconference. With the help of the modeling method the disadvantages and risks of taking part in court sessions in the mode of the videoconference are highlighted. System analysis contributed to the consideration of the processual form as the most distinctive feature of administrative proceedings. The study revealed that the processual form of administrative proceedings had undergone particular fragmentary changes due to the test launch of individual subsystems of the Unified Judicial Information and Telecommunication System (UJITS) (as example: “E-Court”) and the introduction of taking part in

court sessions in the mode of the videoconference. It has been found that in the present realities, the processual form of administrative court proceedings needs further modifications aimed at ensuring the flexibility and a high degree of adaptability of legislative assistance to new conditions of implementation, allowing to guarantee the observance and protection of the rights, freedoms and interests of citizens whenever previously used methods and mechanisms appear to be ineffective. However, the digitalization of the processual form of administrative proceedings cannot be considered the only panacea eliminating all inherent problems. The highlighted points of the study might improve the processual form of administrative proceedings, especially in the quarantine caused by COVID-19.

KEYWORDS: Administrative proceedings, access to justice, COVID-19, quarantine, processual form, e-court.

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Methodological Framework – 2.1. Contribution of the study to the Literature – 2.2. Previous Researches – 2.3. Methods – 3. Results – 4. Discussion – 5. Conclusion

1. Introduction

From the moment of introduction into the domestic legal system, the administrative legal proceedings have been clearly associated with the purpose of proper ensuring the implementation and protection of the fundamental rights and freedoms of individuals in legal relations with the public administration entities, resolving the arising disputes according to the law and to the principles of appropriate governance. There is no coincidence that in the specialized codified act the goal of administrative proceedings according to the law is defined as the protection of the rights, freedoms and interests of individuals and legal entities from violations by public authorities, local governments, officials and functionaries as well as other subjects performing their authoritative managerial functions based on legislation and delegated powers.¹ Moreover, the similar modification was later highlighted in the

¹Act of 2005. Code of Administrative Proceedings of Ukraine. Code of Administrative Proceedings of Ukraine dated 06.07.2005 № 2747-IV. Date of update: 15.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/ed20200815>.

Fundamental Law of the State, aimed to protect the rights, freedoms and interests of a person in the field of public law relations and administrative courts.² This seems to guarantee not only the actual existence of administrative courts in Ukraine, but also confirms their functional purpose.

It should be emphasized, that nowadays in the order of administrative proceedings the implementation of new goals is also ensured (for example, a temporary ban (suspension) of certain types or all activities of a public association; compulsory dissolution (liquidation) of a public association; establishment of restrictions on the exercise of the right to freedom of peaceful assembly, etc.), which has drawn the public attention in the scientific literature.³

At the same time the development of administrative jurisdiction seems to be extremely important for the formation of the democratic society and the protection of human rights, that acquires special meaning whenever they are aimed to assert the rule of the law to ensure the implementation and proper protection of rights and freedoms of citizens.^{4,5}

The pandemic caused by COVID-19 as well as the measures being taken are unprecedented in the world history, the rules of law and human rights have been actually opposed to the need to ensure the life and health of the population. It should be noted, that during the COVID-19 pandemic the national legal system faced with the task of ensuring the implementation and protection of the rights and freedoms of the citizens, being significantly restricted or even abolished, as well as with the establishment of judicial control over the subjects of public administration, their actions and decisions. Thus, the priority of ob-

²Act of 1996. Constitution of Ukraine. Constitution of 28.06.1996 № 254k / 96-VR. Kiev: Verkhovna Rada.

³Lahutina I., Osadchyi A., Zakalenko O., Kozachuk D., Bolshakova O., The modern concept of Ukrainian administrative justice. *Amazonia Investiga* 2019, No 8(23), 707-712.

⁴Smokovych M.I., Administrative Jurisdiction in Ukraine: Discourse Analysis. *International Journal of Criminology and Sociology* 2020, No 9, 2955-2963. DOI: <https://doi.org/10.6000/1929-4409.2020.09.360>.

⁵Smokovych M.I., Administrative justice and electronic justice in Ukraine. *Prykarpattya Legal Bulletin* 2020, No 4(33), 77-81.

servance of legal procedures and ability to guarantee the fundamental rights and freedoms of the citizens might be preserved even in the period of faced for the first time quarantine. In this regard the issues of access to justice, both the right to appeal to the court and the right to receive the corresponding decision of the court, appeared to be of the great value.

The Council of Europe draws the attention of States and points out, that the measures aimed at adapting the forms of access to the courts should be developed in the way compatible with the Article 6 – not least in cases when specific due diligence is required (vulnerable litigation, family and labour disputes, etc.). States are under the obligation to ensure trials compliance with the fundamental requirement of fairness (e.g. equality of arms) and the presumption of innocence, and no taken action could interfere with the independence of the judges or courts.⁶

It is noteworthy, that the practice of derogation from obligations under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms for the first time has become widespread among states.⁷ Thus, the relevant notifications under Article 15 of the Convention were submitted by 10 states (Ukraine is the exception).

Therefore, the study of the processual form of administrative proceedings, the degree of the transformation during the period the COVID-19 pandemic with the necessity to ensure appropriate protection of the rights and freedoms of the citizens from violations by public administration entities is of great importance. At the same time the study of the results of the response of the national legal institutions and the administrative justice to the ongoing events is extremely important, namely by assessing their readiness for the pandemic challenges and identifying directions for their further modifications.

⁶Act of 2020. Adherence to democracy, the rule of law and human rights during the sanitary crisis caused by COVID-19. Information documents. Council of Europe. URL: <https://www.coe.int/en/web/congress/covid-19-toolkits>.

⁷Act of 1950. Convention. European Convention on Human Rights. URL: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=>.

2. Methodological Framework

2.1. Contribution of the study to the Literature

The study is devoted to the transformation of the processual form of administrative proceedings and analyzes the impact of modern domestic and global challenges.

The necessity of full-fledged implementation of modern information and telecommunication technologies in the administration of justice has been argued and the features of the transformation of the processual form under their influence have been determined.

2.2. Previous Researches

The issue of administrative justice in general and in the activities of administrative courts remain in the constant focus of research by foreign scientists: M.Doyle and N. O'Brien (2020) (United Kingdom), H. Flavier, C. Froger(2016) (France), V. Kalts (2019), H. Pünder (2013) (Germany), M.S. Greve (2020) (USA) and others.^{8,9,10,11,12}

At the same time the processual form of administrative proceedings has been fairly studied in Ukraine, which is partly due to the relatively late appearance of administrative proceedings in Ukraine. O.I. Mykolenko points out, that the scientific works on the problems of administrative proceedings and high level of theoretical justification, as well as works explaining the use of

⁸Doyle M., O'Brien N., *Reimagining Administrative Justice: Human Rights in Small Places*. London: Palgrave Pivot 2020.

⁹Flavier H., Froger C., Administrative Justice in France. *Between Singularity and Classicism*. *BRICS Law Journal* 2016, No 3(2), 80-111.

¹⁰Kalts V., Administrative Justice in Germany and Its Functioning. *Administrative Law and Process* 2019, No 1(3), 160-165.

¹¹Pünder H., German administrative procedure in a comparative perspective: Observations on the path to a transnational ius commune proceduralis in administrative law. *International Journal of Constitutional Law* 2013, No 22(4), 940–961.

¹²Greve M., Why We Need Federal Administrative Courts (March 25, 2020). *George Mason Legal Studies Research Paper No. LS 20-05*, C. Boyden Gray Center for the Study of the Administrative State Research Paper 2020, No. 20-09.URL: <https://ssrn.com/abstract=3561135> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561135>.

term “processual form” with the specifics of administrative proceedings have appeared since 2011.¹³

The most studies of the processual form in administrative proceedings highlight their excessive differentiation and fragmentation with features of the consideration of particular case categories. However, nowadays the researches are drawn to the problems of changing the processual form of administrative proceedings according to the modern challenges and conditions, especially those caused by COVID-19.

The study investigates the transformation of the modern processual form of administrative proceedings with need to protect the rights, freedoms and interests of individuals in disputes with subjects of public administration as well as with the restrictions induced by COVID-19 pandemic and quarantine.

2.3. Methods

The general and special methods of scientific cognition: the system analysis method, the dialectical method, the formal-logical method, the structural-functional method and a set of empirical methods have been used.

The theory of the article is based on a set of doctrinal studies of the problems of administrative proceedings and the processual form of their implementation.

The data of official statistics on the activities of the administrative courts of Ukraine and the judicial practice of considering administrative cases serve as the practical basis of the study.

3. Results

The processual form has been known as the order of actions established by the norms of processual law for carrying out processual activities of the relevant subjects (performing processual actions and making processual deci-

¹³Mykolenko O.I., Processual form in administrative proceedings and problems of lawmaking in Ukraine. *Constitutional state* 2018, No 29, 50-57.

sions). Being the most important feature of the corresponding type of legal process, the processual form determines the internal structure of the law, namely the totality of proceedings, stages, steps and processual actions according to the proper order.

The processual form of activity of administrative courts, in turn, deals with the procedure, established by the norms of administrative processual legislation: consideration by an administrative court of relevant administrative suits (statements of suit), the commencement of proceedings, preparing a case for the trial, considering and resolving cases with the adoption of appropriate processual acts and appeals, as well as revision of administrative and judicial acts.

The relevant elements provide a clear idea of any type of the structure of the legal process being a set of constituent elements of the internal structure, which determines the scale of the administrative processual regulation of the activities of administrative courts considering and resolving cases of administrative jurisdiction. Thus, the study of the processual form of administrative proceedings is being relevant in the period of development of administrative proceedings in Ukraine.

The legislation deals with the processual form of activity of representatives of the judiciary, allows to reveal the presence or absence of rights, freedoms and interests of subjects of public law relations and provides careful protection them by issuing legal and justified processual acts of judicial and jurisdictional response. The processual form of the activity of administrative courts acts might be considered as a tool to ensure the rule of the law in administrative judicial activities.

Up to date, the processual form of administrative proceedings is being conditionally represented in several dimensions.

Thus, the processual legislation provides for the existence of a Unified Judicial Information and Telecommunication System (hereinafter – UJITS),

characterized as a set of functional information and telecommunication subsystems, that are interconnected and interact, as well as provide automation of the processes of activity, defined by legislation. The processual legislation regulates the UJITS activity, including general and processual document supply, consideration of court cases, preparation of operational and analytical reports, provision of information assistance to judges, processes providing financial property, organizational and personal information and telecommunications as well as other needs of UJITS users.¹⁴

The system has been supposed to combine the disparate databases, used by the judicial system. But despite the fact, that the processual rules providing for the UJITS were founded at the end of 2017, and the widespread introduction of e-justice tools was declared back in 2015, this system has never been started.¹⁵

On the other hand, in the absence of UJITS the processual form of administrative proceedings provided for the CAP of Ukraine and based on the functioning of UJITS, turned out to be deprived of a significant part of the methods, that is unacceptable and contradicts international European standards.¹⁶ The Committee of Ministers of the Council of Europe insisted on the issue, referring to the principles of judicial procedure: the judicial authorities should have at their disposal the most modern technical methods to administer effective justice, in particular by facilitating access to various sources of the law as well as by speeding up the administration of justice.¹⁷

¹⁴Brahar V.S., *Administrative and legal principles of functioning of the Unified judicial information and telecommunication system in Ukraine*: PhD Thesis. Dnipro: Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs 2020.

¹⁵Act of 2015. On the Strategy for Reforming the Judiciary. Proceedings and Related Legal Institutions for 2015-2020: Decree of the President of Ukraine. Strategy from 20.05.2015 № 276/2015. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>.

¹⁶Act of 2005. Code of Administrative Proceedings of Ukraine. Code of Administrative Proceedings of Ukraine dated 06.07.2005 № 2747-IV. Date of update: 15.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/ed20200815>.

¹⁷Act of 1984. Recommendation. Five of the Committee of Ministers to member states on the principles of civil procedure aimed at improving the judicial system №R(84). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_126.

In turn, e-justice is being interpreted as the use of information and communication technologies in the administration of justice by all stakeholders of the judicial system for improving efficiency and quality of public services for individuals and businesses: electronic communication, the data exchange and access to forensic information.¹⁸

The COVID-19 pandemic, the introduced quarantine and other restrictive measures have made incompatible approach of administrative proceedings for most court cases. Not only the provision of the proper observance of the right to access to justice, but also the general ability of national courts, including administrative ones, was under threat.

In conditions of quarantine the only way to maintain the balance of the legal system lies in remote legal processing. The instruments of electronic court proceedings become useful. The problem with the emergence of various judicial practices during the quarantine period and the corresponding consequences of this phenomenon could have been solved if in Ukraine the UJITS had started to function since 03.01.2019.¹⁹

The inability to predict the further development of the situation at the very beginning of the pandemic was due to the short-term nature of the announced quarantine and led to the adoption of rather hasty ineffective measures. Thus, for instance, the Law of Ukraine dated March 30, 2020, № 540-IX providing the possibility of a citizen to participate in a court session in a video-conference mode outside the court building with use of the technical means during quarantine suspended almost all processual terms and justice.

As a result of the Law, the majority of the courts, where the case was being considered, the corresponding decision was being made and the expira-

¹⁸Act of 2009. Recommendation. One of the Committee of Ministers to member states on electronic democracy (e-democracy).
URL:https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/K-eyTexts/Recommendations/Recommendation_CM_Rec2009_1_en_PDF.pdf.

¹⁹Heorhiyevskyy Yu., Peculiarities of administrative proceedings in the conditions of quarantine established to prevent the spread of COVID-19 in Ukraine. *Public law* 2020, No 1(37), 21-33.

tion period for appeal was defined according to the relevant processual law, stopped issuing executive documents. The exception was made for rare cases of issuing orders of execution or orders during the period of validity of the introduced changes on the extension of time limits, that also blocked the access to the justice in terms of the enforcement of a court decision.

Participation in court sessions via videoconference brought a set of difficulties. For UJITS the issue required proper technical support.

The informatization of the court activities determines the possibility of a court and participants to perform particular processual actions with the help of information and telecommunication technologies. However, the nature of the processual actions has not modified. Therefore, electronic document flow in the judicial system, the organization of the implementation of legal proceedings by attracting information and telecommunication technologies, but not e-court proceedings as a special processual form, that unites and integrates individual elements of informatization and forms a qualitatively new type of administration of justice, need to be analyzed.²⁰

Nowadays following global trends and national peculiarities there is no need to discuss e-court proceedings as an independent processual form, including administrative court proceedings, since e-court proceedings are planned to be used to optimize the resources of the administrative court without changing the way of the relevant processual actions or the processual decisions taken by the administrative court.

At the same time some elements of e-proceedings have already been developed and are generally successfully used in practice, although not within the framework of a separate system, in particular, filing of lawsuits in electronic form (through the UJITS "E-court" subsystem); filing other statements on the merits of the case and processual statements in e-form (through the subsystem UJITS "E-court" or sending to the official on e-mail of the relevant court);

²⁰Zavalnyuk I.V., *Simplified proceedings in the administrative proceedings of Ukraine*: PhD Thesis. Odessa: National University "Odessa Law Academy" 2017.

participation in court hearings in the mode of videoconference, for this purpose the videoconferencing system “EasyCon” and other methods available to the court and participants in the trial (Skype, Zoom, Google Meet, etc.) are used; notification of the participants in the trial about the completed processual actions and the adopted processual decisions (through the UJITS “E-court” subsystem to the official e-mail of the participant in the trial); sending summons and notifying the participants in the trial about the dates of the court hearings (via the UJITS “E-court” subsystem by the official e-mail and SMS-message on the phone of the participant in the trial).

M. Smokovych has pointed out, that even though the crisis caused by the pandemic had revealed problems associated with imperfect legal regulation, the technical unwillingness of the courts to switch to electronic justice urgently needs the time. The state powerfully supports and develops this trend. In particular, the Ministry and the Committee for Digital Transformation have been created, as well as a working group on the digitalization of legal proceedings was created in the Committee of the Verkhovna Rada of Ukraine on Legal Policy for discussion of the issues of innovations for the launch of UJITS.^{21,22}

As result a draft law № 3985 developed on 13.08.2020, aimed at ensuring the implementation of the UJITS. The proposed postponement has been made due to the fact, that the launch of UJITS according to the current legislation was possible only in a full-fledged form, that turned out to have both technical (development, launch and configuration of stable interacting work of at least 8 subsystems of UJITS) and financial (one-stage financing of

²¹Smokovych M.I., Administrative Jurisdiction in Ukraine: Discourse Analysis. *International Journal of Criminology and Sociology* 2020, No 9, 2955-2963. DOI: <https://doi.org/10.6000/1929-4409.2020.09.360>.

²²Smokovych M.I., Administrative justice and electronic justice in Ukraine. *Prykarpattya Legal Bulletin* 2020, No 4(33), 77-81.

the development and launch of all subsystems of the UJITS requires significant resources, that the state budget cannot allocate) difficulties.²³

4. Discussion

The special significance of administrative proceedings and the role of administrative courts in the national legal system is difficult to overestimate. The statistical data indicate not only high rates of the number of administrative cases reviewing in administrative courts, but also their significant increase. The study covered the period of 2018-2020 years.

The number of administrative cases considered by local and appellate administrative courts has been increased, as well as a number of cases pending to Supreme Court, despite the decrease in absolute numbers.^{24,25,26}

Table 1. Number of cases considered by local, appeal and cassation administrative courts during 2018-2020 years.

№	Administrative court	2018	2019	first half of 2020
1.	Local administrative courts	244 972	272 098	159 016
2.	Administrative courts of appeal	95 431	100 624	48 830
3.	Administrative court of cassation	71 101	37 959	16 430

The ratio of cases considered in administrative proceedings with other types of legal proceedings, for example, on the 31 of December in 2019

²³Act of 2020. Draft Law. Draft Law on Amendments to Certain Legislative Acts to Ensure Phased Implementation of the Unified Judicial Information and Telecommunication System: Draft Law of Ukraine dated 13.08.2020 № 3985. Kiev: Verkhovna Rada.

²⁴Act of 2018. Analysis of the state of administration of justice. Analysis of the state of administration of justice by administrative courts in 2018. Official web portal of the Judiciary of Ukraine. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Analiz_KAS_2018_1.pdf.

²⁵Act of 2019. Analysis of the state of administration of justice. Analysis of the state of administration of justice by administrative courts in 2019. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL:

https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Analiz_Admin_sudu_2019.pdf.

²⁶Act of 2020. Analysis of the state of administration of justice. Analysis of the state of administration of justice by administrative courts in the first half of 2020. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/KAS_analiz_i_pivr_2020.pdf.

(during the period from December 15, 2017 to December 31, 2019) in the Supreme Court is indicative.²⁷

Figure 1. Ratio of the number of cases / materials considered by the Supreme Court

In this regard the indicators of cases considered by one judge of the corresponding administrative court are rather high. For instance, the number of administrative cases pending before one judge of the Administrative Court of Cassation as part of the Supreme Court in 2018 comprised 3,060 cases.^{28,29,30,31} The number of cases per one judge of this court has been decreased due to the streamlining of the work of the Supreme Court and the full staffing of the personell, as well as to the limitation of the legal grounds for cassation appeal of decisions of appellate and local courts.

In appellate and local administrative courts a completely opposite trend has been observed. Thus, the number of cases per judge has been increased. For example, the number of cases considered by one judge:

– The Third Administrative Court of Appeal (Dnipro) in 2018 amounted to 195 cases, in 2019 – 590, in 2020 – 626.^{32,33,34}

²⁷Act of 2019. The Supreme Court in figures and facts for 2019. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pokazniki-diyalnosti/zvit_vs/.

²⁸Act of 2018-2020. Basic performance indicators of the Kharkiv District Administrative Court. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL:

https://adm.hr.court.gov.ua/sud2070/pokazniki-diyalnosti/piscumki_roboti/.

²⁹Act of 2018. Basic performance indicators of the Third Administrative Court of Appeal for 2018. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: <https://3aa.court.gov.ua/sud4852/pokazniki-diyalnosti/1/>.

³⁰Act of 2019. Basic performance indicators of the Third Administrative Court of Appeal for 2019. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: <https://3aa.court.gov.ua/sud4852/pokazniki-diyalnosti/1/>.

³¹Act of 2020. Basic performance indicators of the Third Administrative Court of Appeal for 2020. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: <https://3aa.court.gov.ua/sud4852/pokazniki-diyalnosti/1/>.

³²Act of 2018. Basic performance indicators. Basic performance indicators of the Administrative Court of Cassation of the Supreme Court for 2018. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/bazovi_pokazniki/.

– Fifth Administrative Court of Appeal (Odesa) in 2018 – 204 (Basic indicators of the court's work for 2018, 2018), in 2019 – 411, in 2020 – 502.^{35,36,37}

– Kharkiv Administrative Court in 2018 – 586 cases, in 2019 – 677, in 2020 – 877.³⁸

The available indicators adversely affect the implementation of administrative proceedings, limit the active role of the administrative court in the process of considering administrative cases, lead to a violation of processual deadlines for considering cases, the adoption of hasty processual decisions and miscalculations. Moreover, processing in a workload, administrative courts might not be able to pay proper attention to the specific cases, study the features of their set of facts, and therefore to ensure the effective implementation and protection of the rights, freedoms and interests of the citizens.

In addition, the effects of the COVID-19 pandemic, quarantine and restrictive measures have made the administration of justice rather difficult. The search and implementation of solutions aimed at the renewal of the justice, in particular administrative proceedings, has affected the processual form.

³³Act of 2019. Basic performance indicators. Basic performance indicators of the Administrative Court of Cassation of the Supreme Court for 2019. Official web portal of the Judiciary of Ukraine. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/bazovi_pokazniki/.

³⁴Act of 2020. Basic performance indicators. Basic performance indicators of the Administrative Court of Cassation of the Supreme Court for 2020. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/bazovi_pokazniki/.

³⁵Act of 2018. Basic indicators of the court's work for 2018. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: https://5aa.court.gov.ua/sud4854/pokazniki-diyalnosti/work_results/.

³⁶Act of 2019. Basic indicators of the court's work for 2019. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: https://5aa.court.gov.ua/sud4854/pokazniki-diyalnosti/work_results/.

³⁷Act of 2020. Basic indicators of the court's work for 2020. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: https://5aa.court.gov.ua/sud4854/pokazniki-diyalnosti/work_results/.

³⁸Act of 2018-2020. Basic performance indicators of the Kharkiv District Administrative Court. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL:

https://adm.hr.court.gov.ua/sud2070/pokazniki-diyalnosti/piscumki_roboti/.

Therefore, a full-fledged study of the processual form in administrative proceedings, focused primarily on improving the practical aspects of the implementation, can be performed analyzing the statistical indicators and the real conditions for the implementation of administrative proceedings.

5. Conclusion

The ability of any system to respond to internal and external challenges, revealing shortcomings and problems and determining the ways of further development are of need to discuss.

Amidst other deficiencies and problems of the national judicial system permanently solved by the state, the COVID-19 pandemic, the quarantine and arisen restrictions turned out to be a rather severe challenge.

Analyzing the state of the national judicial system before the initiation of the quarantine and restrictions the characteristic positive improvements that made it possible to continue the consideration of court cases might be noted.

The processual form of administrative proceedings has undergone some fragmentary changes due to the test launch of individual subsystems of the UJITS (for example, “E-court”) and the mode of videoconference with the help of proper technical means.

Presently, the processual form of national administrative court proceedings continues to need further development aimed at ensuring the flexibility and a high degree of adaptability to new conditions of implementation since this may guarantee the observance and protection of rights, freedoms and interests of the citizens whenever traditional methods and mechanisms show ineffectiveness.

However, the digitalization of the processual form of administrative proceedings cannot be considered the only panacea eliminating all the inherent problems. Therefore, the issues raised in the study remain relevant and in demand for the further theoretical and practical analysis of administrative proceedings.

References

Literature

Brahar V.S., *Administrative and legal principles of functioning of the Unified judicial information and telecommunication system in Ukraine*: PhD Thesis. Dnipro: Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs 2020.

Doyle M., O'Brien N., *Reimagining Administrative Justice: Human Rights in Small Places*. London: Palgrave Pivot 2020.

Flavier H., Froger C., Administrative Justice in France. *Between Singularity and Classicism*. *BRICS Law Journal* 2016, No 3(2), 80-111.

Greve M., Why We Need Federal Administrative Courts (March 25, 2020). *George Mason Legal Studies Research Paper No. LS 20-05*, C. Boyden Gray Center for the Study of the Administrative State Research Paper 2020, No. 20-09. URL: <https://ssrn.com/abstract=3561135> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561135>.

Heorhiyevskyy Yu., Peculiarities of administrative proceedings in the conditions of quarantine established to prevent the spread of COVID-19 in Ukraine. *Public law* 2020, No 1(37), 21-33.

Kalts V., Administrative Justice in Germany and Its Functioning. *Administrative Law and Process* 2019, No 1(3), 160-165.

Lahutina I., Osadchyi A., Zakalenko O., Kozachuk D., Bolshakova O., The modern concept of Ukrainian administrative justice. *Amazonia Investiga* 2019, No 8(23), 707-712.

Mykolenko O.I., Processual form in administrative proceedings and problems of lawmaking in Ukraine. *Constitutional state* 2018, No 29, 50-57.

Pünder H., German administrative procedure in a comparative perspective: Observations on the path to a transnational ius commune proceduralis in administrative law. *International Journal of Constitutional Law* 2013, No 22(4), 940-961.

Smokovych M.I., Administrative Jurisdiction in Ukraine: Discourse Analysis. *International Journal of Criminology and Sociology* 2020, No 9, 2955-2963. DOI: <https://doi.org/10.6000/1929-4409.2020.09.360>.

Smokovych M.I., Administrative justice and electronic justice in Ukraine. *Prykarpattya Legal Bulletin* 2020, No 4(33), 77-81.

Zavalnyuk I.V., *Simplified proceedings in the administrative proceedings of Ukraine*: PhD Thesis. Odesa: National University "Odessa Law Academy" 2017.

Legal acts

Act of 2020. Adherence to democracy, the rule of law and human rights during the sanitary crisis caused by COVID-19. Information documents. Council of Europe. URL: <https://www.coe.int/en/web/congress/covid-19-toolkits>.

Act of 2018. Analysis of the state of administration of justice. Analysis of the state of administration of justice by administrative courts in 2018. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Analiz_KAS_2018_1.pdf.

Act of 2019. Analysis of the state of administration of justice. Analysis of the state of administration of justice by administrative courts in 2019. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Analiz_Admin_sudu_2019.pdf.

Act of 2020. Analysis of the state of administration of justice. Analysis of the state of administration of justice by administrative courts in the first half of 2020. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/KAS_analiz_i_pivr_2020.pdf.

Act of 2018. Basic indicators of the court's work for 2018. Official web portal of the Judiciary of Ukraine. URL: https://5aa.court.gov.ua/sud4854/pokazniki-diyalnosti/work_results/.

Act of 2019. Basic indicators of the court's work for 2019. Official web portal of the Judiciary of Ukraine. URL: https://5aa.court.gov.ua/sud4854/pokazniki-diyalnosti/work_results/.

Act of 2020. Basic indicators of the court's work for 2020. Official web portal of the Judiciary of Ukraine. URL: https://5aa.court.gov.ua/sud4854/pokazniki-diyalnosti/work_results/.

Act of 2018-2020. Basic performance indicators of the Kharkiv District Administrative Court. Official web portal of the Judiciary of Ukraine. URL: https://adm.hr.court.gov.ua/sud2070/pokazniki-diyalnosti/piscumki_roboti/.

Act of 2018. Basic performance indicators of the Third Administrative Court of Appeal for 2018. Official web portal of the Judiciary of Ukraine. URL: <https://3aa.court.gov.ua/sud4852/pokazniki-diyalnosti/1/>.

Act of 2019. Basic performance indicators of the Third Administrative Court of Appeal for 2019. Official web portal of the Judiciary of Ukraine. URL: <https://3aa.court.gov.ua/sud4852/pokazniki-diyalnosti/1/>.

Act of 2020. Basic performance indicators of the Third Administrative Court of Appeal for 2020. Official web portal of the Judiciary of Ukraine. URL: <https://3aa.court.gov.ua/sud4852/pokazniki-diyalnosti/1/>.

Act of 2018. Basic performance indicators. Basic performance indicators of the Administrative Court of Cassation of the Supreme Court for 2018. Official web portal of the Judiciary of Ukraine. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/bazovi_pokazniki/.

Act of 2019. Basic performance indicators. Basic performance indicators of the Administrative Court of Cassation of the Supreme Court for 2019. Official web portal of the Judiciary of Ukraine. Official web portal of the Judiciary of Ukraine.

ry of Ukraine. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/bazovi_pokazniki/.

Act of 2020. Basic performance indicators. Basic performance indicators of the Administrative Court of Cassation of the Supreme Court for 2020. Official web portal of the Judiciary of Ukraine. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/bazovi_pokazniki/.

Act of 2005. Code of Administrative Proceedings of Ukraine. Code of Administrative Proceedings of Ukraine dated 06.07.2005 № 2747-IV. Date of update: 15.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/ed20200815>.

Act of 1996. Constitution of Ukraine. Constitution of 28.06.1996 № 254k / 96-VR. Kiev: Verkhovna Rada.

Act of 2020. Draft Law. Draft Law on Amendments to Certain Legislative Acts to Ensure Phased Implementation of the Unified Judicial Information and Telecommunication System: Draft Law of Ukraine dated 13.08.2020 № 3985. Kiev: Verkhovna Rada.

Act of 1950. Convention. European Convention on Human Rights. URL: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=>.

Act of 2015. On the Strategy for Reforming the Judiciary. Proceedings and Related Legal Institutions for 2015-2020: Decree of the President of Ukraine. Strategy from 20.05.2015 № 276/2015. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>.

Act of 1984. Recommendation. Five of the Committee of Ministers to member states on the principles of civil procedure aimed at improving the judicial system №R(84). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_126.

Act of 2009. Recommendation. One of the Committee of Ministers to member states on electronic democracy (e-democracy).

URL:https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/KeyTexts/Recommendations/Recommendation_CM_Rec2009_1_en_PDF.pdf.

Act of 2019. The Supreme Court in figures and facts for 2019. Official web portal of the Judiciary of Ukraine. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pokazniki-diyalnosti/zvit_vs/.

CARMELA LEONE

Professore associato presso il Dipartimento di Diritto, Economia e Culture dell'Università degli Studi dell'Insubria

carmela.leone@uninsubria.it

MORAL SUASION AND ANTITRUST LAW¹

ABSTRACT

As a result of the economic crisis caused by the Covid-19 pandemic, the Italian Competition Authority, following other countries, has increased the use of moral suasion. In the context of antitrust law, this observation allows, on the one hand, to assess the impact of alternative instruments to the classic method that is usually applied in antitrust law: legislation, violation, formal warning, sanction. On the other hand, it suggests shifting attention from rules to behaviour, based on the belief that behavioural dynamics between the logical and mandatory contents of the rules and the actual consequences are underestimated.

KEYWORDS: The financial crisis - behavioural sciences - moral suasion - Authority's powers.

TABLE OF CONTENTS: 1. The financial crisis and the spread of moral suasion. - 2. Alternative dissuasion tools to the command/obligation/sanction method: behavioural sciences. - 3. The Authority's powers with regard to competition and consumer protection. - 4. Concluding remarks.

1. The financial crisis and the spread of moral suasion

In a recent press release of 20 October 2020, the Italian Competition Authority announced that, with regard to consumer protection, it conducted 89 investigative proceedings in 2019 for unfair commercial practices, violation of consumer rights provisions, unfair clauses, accessibility of payments and any other non-compliance. Most importantly, thinking of alternative instruments to sanction procedures, 59 cases have been resolved by moral suasion². But there is more. The economic difficulties generated by the

¹The article is part of an interdisciplinary project "Administration and persuasion" by professors of administrative law of Insubria University, that will be published by Mimesis during 2022.

²S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione*; N. PECCHIOLI, *Consob e poteri commendatori di conformazione e unificazione del mercato*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, 525; M. ANGELONE, *Diritto privato regolatorio, conformazione dell'autonomia negoziale e*

pandemic led the Authority, in the first nine months of 2020, to resort to moral suasion in 110 cases compared to 59 in the year before, while the imposition of sanctions was reduced to 49 cases compared to the previous 89 (for a total of 43.9 million compared to 74.6 million).

These data are relevant to scholars trying to assess the impact of alternative instruments used compared to the classic method usually applied in anti-trust law: legislation, violation, formal warning, sanction.

The antitrust authorities of major countries were forced to review their policies and intervention methods with a two-fold purpose: to manage investigative activities during the lockdown phase, and (above all) to identify the enforcement tools to be adopted to protect the competition in markets that had suddenly entered a crisis also as a result of production activities blocked by public measures, the reduction in trade and international commerce, as well as a sudden decrease of the demand in a highly depressed economic context and with significant liquidity problems³.

The antitrust authorities have shifted their attention to prevention and awareness measures. The UK Competition and Markets Authority (CMA) provides a good example: facing a large number of reports of significant and apparently unjustified price increases, especially in the distribution sector, it has immediately written to the companies concerned, even before starting investigations. On the one hand it asked for detailed information on the causes of such anomalies, and on the other hand it highlighted the possible

controllo sulle discipline eteronome dettate dalle Autorithies, in *Nuove Autonomie*, 2017.

More generally on moral suasion and “persuasion” policies see J. T. ROMANS SOURCE, *Moral Suasion as an Instrument of Economic Policy* *The American Economic Review*, Vol. 56, No. 5, 1966, 1220- 1226; SONGENA, A. POPOV, AND N. VAN HOREN, *The Invisible Hand of the Government: Moral Suasion during the European Sovereign Debt Crisis*, in *American Economic Journal: Macroeconomics* 2019, 346–379; B. DRUPP, M.A.MEYA, *Moral Suasion and the Private Provision of Public Goods: Evidence from the COVID-19 Pandemic*, in *Environ Resource Econ.*, 2020, 76, 1117–1138.

³F. GHEZZI- L. ZOBOLI, *L'antitrust ai tempi del coronavirus: riflessioni sulle esperienze internazionali e sulle iniziative italiane*, in *Rivista delle società*, 2020, 625.

reputational and sanctioning risks if such increases were to hide violations of antitrust rules.

In this new scenario, the role and action of the antitrust authorities is fundamental: the authorities can certainly initiate, *ex post*, investigations, condemning companies and even imposing high penalties. These actions risk being ineffective: companies that are already relatively weak financially would in fact have great difficulty in paying the fines. Therefore, the CMA has written numerous open letters to the main business associations, summarising the main problems encountered and competition concerns, and illustrating how companies should behave during and after the health crisis to comply with the competition protection rules. These initiatives also seem functional to better legitimise antitrust action in times of crisis, intervening, though not against companies, to protect consumers and citizens.

One must consider that it is indeed the companies that facilitate the elimination of practices suspected to be anticompetitive, before bringing the procedure. Only in this case, they can avoid the sanction. According to a superficial investigation, failure to impose sanctions appears the only reason for collaboration. On closer inspection, through alternative instruments to the usual method of rule/formal warning/sanction, companies choose the most effective measure to eliminate any anticompetitive profiles, avoiding defamation which is extremely damaging to the credibility of a product and, thus, to the manufacturer.

2. Alternative dissuasion tools to the command/formal warning/sanction method: behavioural sciences

First of all, we highlight a dissuasive tool which, with regard to unfair commercial practices, is explicitly regulated in Article 4, letter d, of the Regulation on investigative procedures in the field of consumer protection by attributing to an administrative authority, endowed with undoubted authority, a power other than the traditional one (obligation/violation/formal

warning/sanction). Such power is capable of inducing supervised subjects to a morally and socially correct behaviour. This paper will analyse only the moral suasion in the antitrust field, although we are aware of its numerous applications before independent Authorities. The phenomenon of soft law, very widespread in the international and European context, has also been present for many years in the domestic one⁴. Specifically, prominent, among the soft regulation acts adopted by national public administrations, are the numerous interventions of moral suasion or dissuasion developed by the various independent administrative authorities (IA). One can think, by way of example, of the instructions of the Bank of Italy, CONSOB communications, interpretative guidelines of ISVAP and COVIP, the answers to questions of the Italian Data Protection Authority, the decisions of the AVCP. These interventions are characterised by a high degree of informality and are placed outside the system of prescribed regulatory sources, giving rise to those that in Anglo-Saxon law are called tertiary rules.

Generally, there can be several causes that lead an IA to resort to soft regulation. In some cases, this choice simply represents a shortcut to fill a gap or to anticipate a subsequent binding act; in others, however, the Authority prefers to adopt a persuasive act so as not to excessively tighten the rules of the reference market. Obviously, this type of act does not create binding rules for economic operators. However, it is equally evident that these interventions are not entirely without legal effect, still containing solicitations from authoritative and particularly qualified institutional parties.

When taking into consideration the AGCM's (Italian Competition Authority) moral suasion, one easily notes that it consists in the Authority's power to invite the company concerned to active repentance before starting an actual investigative procedure; the purpose of moral suasion, which is part of the preventive protection tools to avoid disputes, is indeed to find a solution to

⁴S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, *cit.*

protect the consumer without it being necessary for the violation (and its consequent punishment) to occur.

Hence, the ultimate objective of moral suasion is to avoid further restrictions leading to the start of a proceeding, something that can still occur at a later time: indeed, should the suggested guidelines not be observed, the Authority will exercise its unilateral and authoritative power, expressing the decision-making powers granted to it by law.

The companies concerned by the communications are guided by the signalling effect attributed to the proposal indications contained in the moral suasion: the Authority provides a series of indications consisting of actual technical suggestions adapted to the specific case which, if accepted and implemented by the companies, will lead to the correction of the current situation and the removal of the competitive issues raised.

The regulatory reference of our legal system, as has already been pointed out, is contained in the AGCM Regulation (Regulation on investigative procedures in the field of consumer protection) issued by the Authority in 2012 and subsequently updated in 2015. We would like to draw attention to this, since letter d) provides for the possibility of dismissal following the removal by the company of any possible deceit or illegality of an advertisement or of any possible unfair commercial practices (moral suasion), under Article 4, paragraph 5. The Authority can announce the outcome of this intervention, which will be communicated to the company, using adequate information methods and evaluating any confidentiality requirements duly justified by the company.

At this point, it is worth mentioning some cases that the Authority has resolved using the moral suasion approach. The analysis highlights the evolution of the Authority's interest in specific sectors. In other words, the pragmatic approach to the study of the cases resolved by the Authority with moral suasion shows that the recipients of communications aimed at removing

unfair practices harmful to consumers, belong, in a first phase, to companies in the food sector⁵. It then involves the digital technology and innovation sectors, crossing the new frontiers of communication and, more precisely, of social media and the more traditional energy sector. Finally, last year the Authority's attention focused on the consequences of the pandemic and, in particular, on banks and financial institutions.

⁵Noteworthy are the cases solved with moral suasion, to better tell its story, starting from the numerous communications that the Authority sent to companies operating in the food sector: from the sale of frozen products to the unfair advertising campaign of Danone, and to the solicitations to eliminate improper indications from product packaging. In 2013, based on reports from other administrations as well as on elements the Authority itself acquired, the Authority held that several companies had put in place behaviours aimed at promoting the sale of frozen cod-based products, variously denominated with the name "cod", without the packaging adequately listing the exact indication of the fish species or its catch area. With communications of 19 December 2012, 7 May 2013, and 20 June 2013, the Authority requested these companies to remove any possible improprieties on the packaging, by properly indicating, on each part of the package and in any other means of communication, the species or area where the cod was caught. In response to these requests, the companies communicated that they intended to modify the respective packages by providing such indications on the front of each package, with adequate graphic evidence. That same year, based on reports and elements acquired by the Authority, it emerged that Danone Spa had promoted an articulated advertising campaign relating to Danacol. The protagonist – a man of average weight, presumably in his forties – was filmed in everyday-life situations surrounded by "little men" in yellow overalls (a metaphor for cholesterol), with the aim of oppressing the protagonist. By a communication of March 6, 2013, the Authority requested Danone to remove any possible improprieties of the advertisement, eliminating any generic reference – direct and indirect – to the potential onset of cholesterol, reformulating the wording of the claims made in the commercial, as well as mitigating the represented reduction of cholesterol in the spot. This was to diminish the parts emphasising the increase in cholesterol in the whole population and without specific reference to situations of excess, in compliance with the principle that a marked reference to diseases/risks may not be made to cause alarm – or to trivialise the issue – in order to present the product as a required solution to the problem. In response to this request, Danone interrupted the broadcasting of the spot and promised to use certain precautions in future advertisements relating to the product. In the future, a) the commercials will be aimed exclusively at those who already have excess cholesterol; b) they will not contain expressions such as "threat" and "silent enemy"; c) they will not convey the idea of urgent remedies to be taken against the problem ("Take action now!"); d) they will not emphasise the reduction achievable by taking the product. Therefore, in its meeting of 10 April 2013, the Authority held that the moral suasion intervention led to positive results. Again, in the food sector, this time acting mostly upon receiving reports from a consumer association, the Authority found that thirteen different companies had put in place behaviours aimed at promoting the sale of various and well-known food products (an effervescent digestive aid, a salami and some crackers) reporting incorrect information on the packaging and in the media – being ambiguous or not in line with current EU legislation. The information referred to the actual quantity of salt contained and was conveyed through expressions such as: "*with 30% less sodium*" "*little salt*"; "*unsalted*" and "*unsalted on surface*". With separate communications, on 7

Examples should be considered to highlight the difference between a command and control approach and an approach that involves collaboration by the companies.

The first case taken into consideration concerns Amazon and the suspected anticompetitive nature of the online purchase process on amazon.it, which did not show that the contract is concluded when the consumer receives the email confirming shipment of the goods. Therefore, by communication of 27 October 2016, the Authority invited Amazon to remove any possible improprieties. In response to the invitation, Amazon has undertaken the commitment to clarify the information with regard to this specific contractual provision. More specifically: a) in the phase preceding the one where the consumer places the order, it has replaced the words «*proceed to purchase*» with «*proceed to order*»; b) when the consumer is invited to make an offer, it emphasised the information (in the buy box under the «*buy now*» button), that the contract is concluded upon receipt of the mail confirming shipment of the goods; c) following the offer, it reaffirmed the nature of the communications sent in response to the consumer's order. Therefore, in its meeting of 4 May 2017, the Authority held that the moral suasion intervention led to positive results.

The second case is relevant because it concerns the protection of competition. At the end of March 2017, the Authority resolved to proceed with moral suasion against the *Associazione Pubblici Esercizi di Roma* (AEPER).

October 2013, and on 3 December 2013, the Authority invited the aforementioned companies to remove any possible improprieties in the communication concerning the respective products, eliminating or adequately modifying the disputed wording on each part of the packaging and, where used, in other advertising media. In response to the aforementioned request, the companies stated that they have deleted or modified or that they intend to delete or modify the communications concerning said products, thus definitively clarifying the actual nutritional value in relation to the presence of salt. More specifically, with reference to crackers, in addition to the elimination of the wording, some operators adopted the indication «*Salty crackers. Without grains of salt on the surface*», while others used a comparative nutritional claim. The new packages were sold as of the following months, once the current stocks were exhausted, while the disclosure on other supports, where provided, took place in full agreement with the changes made to the packaging. Therefore, in its meeting of 5 March 2014, the Authority held the outcome of the moral suasion intervention successful.

The AEPER Board had decided to publish, through some press articles, a series of data relating to the increase of management costs borne by the merchants over the past 10 years. As such, it “recommended” to all public establishments in Rome and the province a gradual increase in price, of between 10 and the 20 cents, for a cup of coffee to be charged to the consumer. The case was dismissed by the Authority at the end of June as, in response to the moral suasion, AEPER adequately corrected its previous communications which suggested to its associates a price increase per cup. More specifically, the President of AEPER stated in a press release that the data disseminated were aimed at focusing attention on the increases in the operating costs of the businesses recorded by the AEPER Study Centre and assured that *«the Roman establishments are willing to support possible higher operating costs without applying any increase in the price of the cup at the counter»*.

It is clear that in both cases the companies operating on the market and the association of public establishments in Rome have chosen to change their behaviour, stopping the initiation of the proceeding. However, it is the third case that has most attracted the attention of antitrust law scholars because it allows a comparison between collaboration (through recourse to moral suasion) and the authoritative alternative (the usual command and control method). Therefore, let us take a look at the case of Apple which, as part of the advertising claims made to promote its iPhone 7, advertised the device's water resistance feature including a warranty limitation for the damage caused by liquids. These elements specifically emerged from information posted on Apple's website and in some commercials. Therefore, by communication of 23 February 2017, the Authority invited Apple to remove any possible improprieties. In response, Apple has collaborated with the Authority to provide more detailed information to consumers. On April 26 of the same year, Apple confirmed that the promotional spots deemed relevant by the Authority would no longer be broadcasted in Italy. In addition, the company

reassured that it had updated, on the apple.com/it website, the references in relation to the “splash, water and dust” resistance of the iPhone 7 as well as amended marketing and support materials by informing that *«the warranty does not cover damage caused by liquids in conditions of use not envisaged by the IP67 ratings»*. Therefore, the Authority considered that the moral suasion intervention led to positive results.

The benefits of resorting to moral suasion are evident: the deceptive profiles of advertising were eliminated in three months with the company's collaboration; it was not deemed necessary to initiate a procedure; sanctions were not applied; but above all the company's reputation did not suffer discrediting consequences in the eyes of potential customers.

Such positive effects are even more evident if we consider the same case, which was again brought to the attention of the Authority exactly two years later, regarding a different iPhone model, specifically the 11 and 11 pro. The Authority again takes into consideration advertising messages in which the feature of the phones being water resistant was enhanced for a maximum depth varying between 4 meters and 1 meter, depending on the model, and up to 30 minutes. According to the Authority, however, the messages did not clarify that this feature exists only in specific conditions, for example during specific and controlled laboratory tests using static and pure water, and not under normal conditions of use of the devices applied by consumers.

In relation to the conduct described above, the Parties were notified of the initiation of investigative proceedings for the alleged violation of Articles 20, 21 paragraph 1, letters b) and g), 24 and 25 of the Italian Consumer Code (*Codice del Consumo*) on November 29, 2019. In this case, the Authority alleged the deceptiveness of the promotional messages of the different iPhone models regarding the “water resistance” feature of each of the advertised products and the respective limitations expressly indicated therein. More specifically, given the emphasis of the “water resistance” feature used to promote the various

products, the warranty exclusion for all sorts of introductions of liquids appeared capable of misleading consumers with regard to the characteristics of the products themselves and the related service rights that must be granted, in particular the legal warranty of conformity and the warranty of the Apple manufacturer. As such, they could make a purchasing decision that they would not have made otherwise. Following a long and complex investigation, a year later the Authority decided that the commercial practice was unfair under Article 21, paragraph 1, letters b) and g), of the Consumer Code, and prohibited its dissemination or continuation. It furthermore imposed an administrative pecuniary sanction of ten million euros. It also required the company to notify the Authority, within 60 days of receipt of the measure, of the initiatives taken in compliance with the formal warning. Last but not least, it required Apple to publish an extract of the resolution, pursuant to Article 27, paragraph 8, of the Consumer Code, for a period of one 180 days on the website www.apple.com/it/ and specifically on the web page www.apple.com/it/iphone/ through a link called «*Consumer protection information*», taking the shape of an icon of the same size as the various iPhone models and positioned next to them. The Authority claimed that the publication should fully reflect the layout, structure and appearance of the extract from the proceedings and the methods of dissemination should not be such as to frustrate the effects of the publication.

3. The Authority's powers with regard to competition and consumer protection

Why is it impossible to ignore moral suasion when speaking of independent authorities in general and, specifically, of the Italian Competition Authority⁶?

⁶Extensive literature exists on the protection of competition in Italy. See, for all, M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, Giuffrè, 2001; F. BASSI – F. MERUSI (edited by), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993; S. CASSESE, *Negoziiazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 42; S. CASSESE - C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, il Mulino, 1996; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, il Mulino,

The answer lies not only in the influence that the Authority has on companies (authoritativeness) and in the purpose of its action aimed at promoting morally and socially correct behaviour, but also in the “mixed” nature of its action, between the public and private systems. This hybridization also derives from the fact that the regulatory provisions are not a rule of conduct for the administration, but for those operating on the market. Its application depends on these parties (and not on a public administration instead), in their interactions with other private parties, establishing a trilateral relationship between regulator, regulated parties and the beneficiaries of such regulation. The role of private parties (companies) and their freedom of action⁷ clearly appears with the evolution of the Authority’s powers within a

2005; ID. *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 77 ff.; ID., *L’attività di segnalazione e consultiva dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico- parlamentare?*, cit., 1997, p. 85; M. D’ALBERTI - A. PAJNO (edited by), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, Il Mulino, 2010; M. DE BENEDETTO, *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2000; F. GHEZZI, *L’attività consultiva, di segnalazione e “conoscitiva” dell’Autorità garante: una premessa*, in *Concorrenza e mercato. Rassegna degli orientamenti dell’Autorità Garante*, 1994, p. 229 ff.; P. FATTORI, *I poteri dell’Autorità garante in materia di intese ed abusi di posizione dominante: diffide e sanzioni*, cit., 877; A. LASPINA - G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, CEDAM, 2001; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000; AA.VV., *I garanti delle regole*, edited by S. Cassese e C. Franchini, Bologna, Il Mulino, 1996; F. MERUSI - M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, VI agg., Milano, Giuffrè, 2002; V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, Giappichelli, 2000; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1996; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, ETS editore, 1996; A. PREDIERI, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli editore, 1997; F. MUNARI, G. PERA, *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 2001; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998, 507; ID., *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 665; C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (edited by) *20 anni di Antitrust. L’evoluzione dell’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, Giappichelli, 2010; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2008; G. TESAURO, M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. dir.*, VI agg., 2002, p. 112 ff.; G. TESAURO - M. D’ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000; G. TESAURO - M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enc. Dir.*, VI agg., Milano, 2002, p. 117; L. TORCHIA, *La nuova costituzione economica*, in *L’ amministrazione pubblica in Italia*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, Il Mulino, 1994.

⁷See A. LALLI, *La disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Bologna, 2008, who, in his concluding remarks on the relationship between public powers and private autonomy, points out that «*competition prohibitions make sense only if the broadest legal guarantee of freedom of self-determination on the markets is implied. Without the latter, those rules lose their very raison d’être. Thus, their existence in our legal system, traditionally characterised by pervasive control and management of the economy by the public authorities, also justified the necessary re-evaluation of the role of private autonomy in production*

model in which: a) the company's freedom to act and react on the market is its cornerstone, even in the case of anticompetitive behaviour ascertained by the Authority, choosing the measure necessary to resolve the anticompetitive practice; b) the powers attributed to the Authority are not limited to repressing anticompetitive practices by means of sanctions, but are overall aimed at protecting the market.

The starting point is the finding that within antitrust law, which proposes the same public/private dichotomy as Article 41 of the Italian Constitution, the provisions aimed at recognising the companies' fundamental role in their actions and self-determination have always coexisted with provisions limiting their freedom to protect several public interests. In fact, the protection given to this autonomy by the legal system is not "absolute" and can, therefore, be subjected to limitations and be coordinated *«to allow contextual compliance with several constitutionally relevant interests»*⁸.

Article 1 of Italian Law 241 of 1990 clarifies that its provisions are issued *«to implement Article 41 of the Italian Constitution to protect and guarantee the right to economic initiatives»*.

Companies are allowed to define their organisation and business in such a way as to maximise their economic efficiency and to make profitable investments necessary to introduce the appropriate innovations into production processes.

The freedom to conduct business is thus protected in the original structure of antitrust law in that business activities and conduct are not prohibited per se, but only when its goal or effect is to restrict competition. This topic has been extensively dealt with and we here refer to previously theorised considerations⁹. The objective here is to consider the consumer

processes ».

⁸Constitutional Court, judgment no. 2797 July 2006, in *Giur. It.*, 2007, 2, 303.

⁹C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, Giuffrè, 2012.

protection model, based, in terms of powers, along the lines of the protection of competition.

Also in this case, the model is flexible both to ensure that the legislation adapts to changing and complex cases, and to allow effective freedom for companies, whose conduct is not strictly prohibited regardless of an effective assessment of its effects on the market.

The Authority's powers are governed such as to respect this freedom; one can indeed argue that in Italian Law no. 287 of 1990 not only inhibitory and sanctioning logics coexist but also consensual ones (think of commitments). First, the Authority has a power to issue formal warnings, which forces companies to eliminate infringements. The rule simply states that the Authority «sets the deadline for the companies and entities concerned to eliminate said infringements». The framework of the powers attributed to the Italian Competition Authority is enriched by the provision of the possible imposition of an administrative sanction¹⁰.

In fact, alongside the power to issue formal warnings, paragraph 1 of Article 15 of Italian Law no. 287 of 1990 provides that the Authority orders a pecuniary administrative sanction in cases of serious infringements, taking into account their seriousness and duration. Such sanctions are determined by the Authority and do not exceed 10% of the company's or entity's turnover in the last financial year closed prior to notification of the formal notice.

¹⁰On the importance of sanctioning powers within the Authority's functions see M.A. SANDULLI, *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni*, in *20 anni di antitrust*, cit., 449.

On *ex multis* administrative sanctions see P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 1999; G. ZANOBINI (*Le Sanzioni amministrative*, Torino, 1924, p. 1), who, in 1924, defined the administrative sanction as "a technical penalty", applied to a public administration when exercising an administrative power; M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, Jovene, pp. 2 ff. The Author claims to have been able to identify «the proprium of the sanctioning phenomenon in the primarily afflictive essence that characterizes the provisions expressing it, considering not the – albeit indirect – satisfaction of the specific interest that is allegedly unsettled, but rather the other, more general, (public) interest to comply with the legal system (whether this is the general or the administration's specific system). Yet in no case, in light of a higher need for justice, the interference with the system remains unpunished»; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, CEDAM, 1983.

Similarly, Article 17 b) of the Regulation on investigative procedures for consumer protection, already taken into consideration in the first part of this paper, requires that the decision of deception/illegality of advertising messages or unfair commercial practices be accompanied by a formal warning and a financial penalty, as well as possibly by publishing an extract of the measure and/or an amendment declaration and/or by the deadline to adapt product packaging. But alongside these powers, and as an alternative to them, there is moral suasion, an instrument judged by the Authority to be particularly effective in terms of consumer protection and collaboration with companies.

Moreover, consumers have always had a prominent place within the framework of antitrust protection built on the model of European law, established by the national legislator in Italian Law 287 of 1990, interpreted by constitutional caselaw, applied by the Authority and guided by legal scholars¹¹.

The latter hold that the protection of competition must aim at improving the offer addressed by companies to consumers, who must be free to choose in the absence of deception or constraint between multiple products offered on the market, which can be purchased at a low price to be set without collusion or abuse.

The Authority aiming to give the consumer a central role in the application of competition rules represents an evolution of the antitrust protection system. The inseparable link between the protection of competition and the protection of consumers is consistent with the Authority's mission to protect competition, since the behaviours affecting the consumer's freedom of choice alter the functioning of the market.

¹¹G. DELLA CANANEA, *Complementarietà e competizione tra le autorità indipendenti*, in *20 anni di Antitrust*, cit., 319; G. GUIZZI, *Consumatori e concorrenza nell'esperienza della giurisprudenza civile*, *ibidem*, 1149; M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, cit.; A. PERA, *Le relazioni pericolose: antitrust e interesse dei consumatori*, in *20 anni d'Antitrust*, 1165; V. ROPPO, *Regolamentazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, *ibidem*, 1186; M. SIRACUSA - F. CARONNA, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori*, in *www.agcm.it.*; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, cit., 296, who notes that the criterion for balancing individual freedoms is not competition, but rather social utility, which is to be achieved through competition.

Therefore, moral suasion fits well into the logic of a protection system that places corporate freedom at the centre of the competition rules' effectiveness together with consumer protection. It fits well as an alternative tool to command and control because it reduces lengthy proceedings, avoids the discrediting of companies and adapts to particularly difficult times, such as those that companies are currently experiencing.

4. Concluding remarks

Considering the reflections above, it is appropriate to place moral suasion in a broader framework. The topic, indeed, is not new and its ancient origins are revealed by the studies of behavioural sciences. Some examples showing this can be taken from the work of D. HALPERN, *Inside the nudge unit How small changes can make a big difference*¹².

Scholars approaching the issue of *moral suasion* in Italy, therefore, cannot ignore the very thorough studies conducted in other countries, which show a high sensitivity towards instruments other than the traditional and applied command/obligation/sanction method. The latter should, in fact, not be the only way to force citizens to act in a certain way, considering that less coercive and sometimes more effective methods can be used.

History is full of examples. The first example to consider concerns Frederick the Great of Prussia who, in the mid-1700s, resorted to the art of persuasion in a time of famine, caused by the scarcity of wheat. The sovereign's intuition was not introducing the potato into the army diet, which would have represented a valid nutritional alternative to wheat, but rather to convince the population to accept it. The population, in fact, was unfamiliar with the flavour, considered as insipid, as well as with the way it grew: the tubers produce a crop underground, unlike wheat and maize that sprout from the earth. At first, Frederick the Great adopted a terror-based strategy: he threatened to cut off

¹²D. HALPERN, *Inside the nudge unit [How small changes can make a big difference](#)*, Ebury Publishing, 2016.

the nose and ears of all the farmers who would not plant potatoes. He then adopted a much more refined strategy: he ordered his soldiers to mount a guard in front of the potato fields pretending to protect the tubers in order to pique farmers' interest. So it happened, the local peasants noticed their king's conspicuous admiration for the potato flowers and the tubers themselves, and sneaked in to steal and plant the "royal crop". In a short time, many potatoes were stolen and soon they were widely grown and eaten.

Frederick's interventions provide a striking example of the limits of applying laws and sanctions and the power of a subtler approach to change behaviour. And it paid off. In the years of war that followed, unlike many rival nations, the Prussians did not starve. While passing armies could easily raid granaries, potatoes in the ground were far less likely to be taken. In the medical field, there are numerous examples of behaviours that have influenced the conduct of citizens. For example, a major turning point in the use of anaesthetics came when Queen Victoria decided to use chloroform to facilitate the birth of her eighth child in 1853. In the medical establishment of the time, the use of chloroform was extremely controversial, but the Queen's use of anaesthesia was a more powerful message that even the medical establishment could not argue with. When she also used it for the birth of her last child in 1857, the use of anaesthesia to relieve labour pain became widespread, at least among those who could afford it.

Many years have passed since these first interventions and behavioural sciences have demonstrated the impact of tools that can significantly change behaviour at relatively low cost. Policy makers have more reliable tools at their disposal to be used for "soft" behavioural change (instead of legislation and regulations)¹³.

¹³D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e pensieri veloci* (Italian translation), Mondadori, 2012; R. H. THALER, CASS R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile* (Italian translation), Feltrinelli, 2014; R. H. THALER, *Misbehaving* (Italian translation), Einaudi, 2018; R. VIALE, *Oltre il nudge*, Il Mulino, 2018; R. SUTHERLAND, *Alchemy: The Surprising Power of Ideas that Don't Make Sense*, HarperCollins, 2019; A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, 2021.

After all, behavioural insights (BI) have greatly expanded our understanding of how the psychological, social and cultural factors that govern human behaviour affect results. Governments increasingly recognise the value of BI— the most recent OECD research has mapped over 200 government units, initiatives and partnerships around the world applying BI to public policy.

The OECD has been at the forefront of documentation and research on the use of BI in public policy in general and in areas such as consumer protection, the environment, financial education, corporate behaviour, public sector integrity, obesity, and regulatory policy. In conclusion, we would like to draw attention to the 2019 OECD document *Delivering Better Policies Through Behavioural Insights, NEW APPROACHES*, because it contains a part relating to competition law. The question they have addressed, through empirical research, aims at understanding how the antitrust regime influences the behaviour of the cartel.

More specifically, the research focused on the punishment regime when cartels are detected, to assess whether there are significant differences in cartel behaviour when the fines imposed are applied to corporate executives and not levied on corporate revenues.

The research exclusively focused on antitrust sanctions, but it is nevertheless relevant for these considerations because it highlights a growing attention to the understanding, through behavioural logic, of antitrust choices and to avoid collusive phenomena to the detriment of consumers.

The hope is to continue to process data from different countries on the impact of moral suasion with regard to the repression of unfair practices to the detriment of consumers, specifically, and of competition in general. In other words, attention must be shifted from rules to behaviour, based on the belief that the behavioural dynamics between logical and mandatory contents of the rules and the actual consequences are underestimated. Studying the law

alone, as legal scholars are used to doing, is in fact unsatisfactory in order to understand the degree of satisfaction and implementation, which also depends on “emotional states” often unknown to legal scholars. Ultimately, the objective is to identify the “persuasion” capacity of the rules, i.e., the mechanisms through which their recipients are more or less inclined to change their behaviour in the direction desired by the legislator.

FABIO G. ANGELINI

Professore straordinario di diritto amministrativo

nella Facoltà di Ingegneria dell'Università Telematica Internazionale Uninettuno

f.angelini@uninettunouniversity.net

GIUDICE AMMINISTRATIVO E REGOLAZIONE DEL SETTORE DELL'ENERGIA

ADMINISTRATIVE JUDGE AND REGULATION OF THE ENERGY INDUSTRY

SINTESI

Il presente lavoro si inserisce nell'ampio dibattito sul sindacato sulla discrezionalità tecnica delle autorità indipendenti con l'obiettivo di porre in luce come l'intensità del controllo giurisdizionale – con particolare riferimento alla funzione regolatoria dell'ARERA in relazione al settore dell'energia – risulti fortemente influenzata dal suo diverso atteggiarsi in funzione della struttura del potere in concreto esercitato e, dunque, della sua inerenza o meno alle scelte concernenti la definizione dell'assetto degli interessi in gioco. Esso si propone di indagare il rapporto tra giurisdizione e poteri di regolazione a partire dall'idea dell'esistenza di una tensione tra forza del potere e forza della ragione, rispetto alla quale proprio il controllo giurisdizionale svolge un ruolo essenziale al fine di permettere all'argomentazione razionale di svolgere appieno la propria funzione di riconoscimento, incidendo dunque sulla legalità sostanziale dell'azione amministrativa. L'indagine si sviluppa perciò a partire dall'analisi dei poteri dell'ARERA e della natura delle situazioni giuridiche soggettive vantate dai destinatari della regolazione nel settore dell'energia e si concentra sulla ricostruzione dei principali indirizzi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine al sindacato sulla discrezionalità tecnica con l'obiettivo di delineare, sulla base delle recenti pronunce rese dal giudice amministrativo nell'ambito delle controversie sui poteri regolatori, prescrittivi e sanzionatori dell'ARERA, i possibili spazi per un sindacato pieno di maggiore attendibilità.

ABSTRACT

The work is part of the broad debate on the trade union on the technical discretion of the independent authorities with the aim of highlighting how the intensity of the judicial control - with particular reference to the regulatory function of ARERA in relation to the energy sector - is strongly influenced by the different attitude of technical discretion in function of the structure of power actually exercised and, therefore, of its inherence or otherwise in the choices concerning the definition of the structure of the interests at stake. It aims to investigate the relationship between jurisdiction and regulatory powers starting from the idea of the existence of a tension between the force of power and the force of reason, with respect to which judicial control plays an essential role in order to allow rational argumentation to fully perform its function of recognition, thus affecting the substantial legality of administrative action. The survey therefore develops starting from the analysis of the powers of the ARERA and the nature of the subjective legal situations claimed by the recipients of regulation in the energy sector and focuses on the reconstruction of the main guidelines developed by the doctrine and jurisprudence regarding review on technical discretion with the aim of outlining, on the basis of the recent rulings made by the administrative judge in the context of disputes on the regulatory, prescriptive and sanctioning powers of ARERA, the possible spaces for a union full of greater reliability.

PAROLE CHIAVE: ARERA – Regolazione – Energia – Sindacato di piena giurisdizione – Discrezionalità tecnica

KEYWORDS: ARERA – Regulation – Energy – Full jurisdiction – Technical discretion

INDICE: 1. Premessa. – 2. La regolazione del settore dell'energia e i poteri dell'ARERA. – 3. Situazioni giuridiche soggettive e riparto di giurisdizione. – 4. Discrezionalità, merito amministrativo e interpretazione. Le implicazioni sul piano dei limiti esterni di giurisdizione e del principio di separazione dei poteri. – 5. Le peculiarità dei poteri prescrittivi e sanzionatori: l'accertamento tecnico come presupposto (non risultato) dell'esercizio del potere. – 6. Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: uno sguardo d'insieme. – 7. La regolazione del settore dell'energia al vaglio del giudice amministrativo: breve itinerario giurisprudenziale sulla discrezionalità tecnica dell'ARERA. – 8. Un sindacato a "intensità variabile" sulla discrezionalità tecnica dell'ARERA? – 8.1. La verifica dei fatti posti a fondamento degli atti dell'ARERA quale fulcro del sindacato del giudice amministrativo. – 8.2. Un giudizio di ragionevolezza tecnica: il sindacato (non sostitutivo) di attendibilità tecnica e il limite dell'opinabilità. – 8.3. I residui spazi per un sindacato (pieno) di maggiore attendibilità. – 9. Conclusioni.

1. Premessa.

Il presente lavoro si propone di indagare l'intensità del controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche compiute dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) nell'ambito della funzione regolatoria ad essa attribuita nel settore dell'energia al fine di porre in luce la persistenza di talune zone d'ombra rispetto alla piena ed effettiva sindacabilità da parte del giudice amministrativo degli atti adottati da quest'ultima nell'esercizio dei diversi poteri di cui è titolare. Si intende così portare alla luce come l'intensità del controllo giurisdizionale sull'esercizio dei poteri dell'ARERA risulti fortemente influenzata sia dalla concezione stessa dei poteri di regolazione ad essa attribuiti e, dunque, dalla natura delle situazioni giuridiche soggettive interessate dal loro esercizio; sia dal tipo di discrezionalità rinvenibile nelle scelte dell'ARERA, con particolare riferimento al rapporto tra discrezionalità e interpretazione e tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica; sia, infine, dal diverso atteggiarsi della discrezionalità tecnica in funzione della struttura del potere in concreto esercitato e, dunque, della sua inerenza o meno alle scelte concernenti la definizione dell'assetto degli interessi in gioco.

L'analisi si concentra, pertanto, sul rapporto tra giurisdizione e poteri di regolazione a partire dall'idea dell'esistenza di una tensione tra forza del potere e forza della ragione, rispetto alla quale proprio il controllo giurisdizionale svolge un ruolo essenziale al fine di permettere all'argomentazione razionale di svolgere appieno la propria funzione di riconoscimento, incidendo dunque sulla legalità sostanziale dell'azione amministrativa. Si intende alludere all'idea secondo cui la positività del diritto risulta essere il frutto della «combinazione sempre precaria, sempre estremamente instabile, di ragione e potere»¹, laddove il diritto risulta essere il risultato di un processo di riconoscimento e, dunque,

¹ L. GIANFORMAGGIO, *Le ragioni del realismo giuridico come teoria dell'istituzione o dell'ordinamento concreto*, Working paper del Dipartimento di Scienze storiche, giuridiche e sociali dell'Università di Siena, 1993, oggi in L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, E. Diciotti - V. Velluzzi (a cura di), Torino, 2018, p. 50.

l'esito di un ragionamento giuridico² e di una dinamica argomentativa³. Il riconoscimento e l'accettazione di qualcosa come diritto dipende infatti non solo dalla forza delle argomentazioni proposte dai soggetti coinvolti in tale dinamica ma, specie laddove si guardi alla sfera pubblica e alla dicotomia autorità-libertà, anche (e soprattutto) dalla forza del potere (legittimamente) esercitato.

Sebbene, infatti, il potere attribuito all'amministrazione possieda, in virtù della norma attributiva dello stesso, la capacità di far accettare le norme, i provvedimenti, le interpretazioni, le prassi e, più in generale, tutte le sue manifestazioni esteriori, contribuendo in tal modo alla loro positivizzazione, quando le modalità di esercizio del potere e lo stesso sindacato giurisdizionale non permettono al ragionamento e all'argomentazione razionale di svolgere appieno la propria concorrente funzione di riconoscimento, la forza del potere esercitato finisce per risultare preponderante rispetto ad ogni altro ulteriore criterio di riconoscimento.

Il problema della tensione tra potere e argomentazione, tra forza del potere e forza della ragione, si pone in modo del tutto peculiare ed in misura crescente in relazione ai poteri esercitati dalle autorità indipendenti – e, dunque, con riferimento ai temi che saranno affrontati nel presente lavoro, dell'ARERA – laddove la funzione regolatoria esercitata da tali amministrazioni che si collocano al di fuori del circuito della responsabilità politica, traducendosi nella predeterminazione delle regole di comportamento destinate ad indirizzare l'operato degli attori di mercato, implica l'esercizio di poteri di scelta non necessariamente predeterminati dalla norma attributiva, connotati da un forte grado di tecnicità e, talvolta, di politicità.

Il peculiare posizionamento istituzionale e funzionale delle autorità indipendenti, alla luce delle diverse risposte fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione alla natura del potere di regolazione esercitato da queste ulti-

² N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001, p. 261-290.

³ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998; M. ATIENZA, *Il diritto come argomentazione*, Napoli, 2019.

me⁴, pone allora il problema di un sindacato giurisdizionale che assicuri la legalità sostanziale dell'azione amministrativa⁵ attraverso un controllo pieno ed effettivo sugli atti adottati da queste ultime⁶. Ciò in quanto il legittimo esercizio del potere amministrativo – e, come si è cercato di dimostrare in altra sede, finanche la sua efficienza in relazione agli interessi in gioco⁷ – dipenderà non solo dal formale rispetto del principio di legalità e, in particolare, dalla sua rispondenza alle norme di azione ma anche, e in misura finanche preponderante, dalla sua capacità di intercettare, proprio attraverso il confronto razionale e l'argomentazione, l'accettazione da parte dei destinatari dell'azione amministrativa. Se, infatti, «il potere è ciò che riesce a far accettare una norma anche senza ragioni, l'argomentazione razionale è ciò di cui può unicamente avvalersi, per far accettare una norma, chi non ha potere»⁸. Ovvero colui che, nelle relazioni di diritto pubblico, risulta essere il destinatario dell'azione amministrativa, le cui situazioni giuridiche soggettive sono direttamente interessate dagli esiti di quest'ultima.

A tale risultato sarebbe possibile pervenire, anche superando in parte l'obiezione del *deficit* democratico di tali autorità indipendenti⁹, partendo dal

⁴ E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, p. 11 ss.

⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856.

⁶ F.G. COCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 277. Secondo il Maestro è proprio la peculiare posizione istituzionale delle autorità indipendenti a rendere necessario un sindacato giurisdizionale forte («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'operatore delle Autorità, l'assoggettamento dei loro poteri al sindacato giurisdizionale»).

⁷ F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare. Alcune implicazioni teoriche del processo di integrazione europea*, Napoli, 2020, p. 243-273.

⁸ E. DICIOTTI, *La funzione civile della teoria del ragionamento giuridico*, in L. Gianformaggio, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, E. Diciotti - V. Velluzzi (a cura di), Torino, 2018, p. 17.

⁹ Sulla necessità di delineare, con riferimento al sindacato sugli atti delle autorità indipendenti, un modello di sindacato giurisdizionale non necessariamente collimante con l'ordinario rapporto tra giurisdizione e amministrazione in ragione della semplice constatazione della peculiare collocazione di tali autorità al di fuori del circuito politico-rappresentativo v. S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 99.

presupposto che «l'essenza della democrazia andrebbe rinvenuta [oltre che nella rappresentatività popolare] nel contraddittorio paritario tra i soggetti interessati, cioè nel procedimento in contraddittorio e nel processo»¹⁰, solo laddove si giunga a riconoscere la possibilità di configurare nei confronti degli atti adottati da queste ultime un sindacato giurisdizionale pieno ed effettivo, all'interno del quale l'argomentazione razionale del destinatario del potere di regolazione possa effettivamente confrontarsi appieno con la dinamica di esercizio del potere.

Se, a partire da tali considerazioni, ci si sofferma sul problema del sindacato giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti, risulterà agevole giungere alla conclusione che, più si ampliano gli spazi di insindacabilità delle loro scelte da parte del giudice amministrativo, più il rapporto tra ragione e potere risulterà sbilanciato in favore di quest'ultimo. In tali situazioni, piuttosto che la forza argomentativa e, dunque, il confronto razionale tra gli attori coinvolti nella dinamica di esercizio del potere di regolazione, a prevalere sarà invece la forza del potere, ovvero l'attitudine di quest'ultimo a imporre la determinazione amministrativa indipendentemente dall'accettazione (razionale) del destinatario.

La questione poc'anzi rilevata si pone con tutta evidenza sia in relazione all'effettività delle situazioni giuridiche soggettive vantate dai destinatari dell'azione amministrativa e al loro grado di tutela in sede giurisdizionale; sia alla luce dell'annoso tema del fondamento della sovranità, laddove dal riconoscimento della sovranità in capo al popolo piuttosto che alla persona giuridica dello Stato dovrebbe conseguire un capovolgimento di prospettiva e, dunque, la funzionalizzazione dell'amministrazione all'attuazione dell'ordine giuridico

¹⁰ F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. Bassi - F. Merusi (a cura di), *Meriti e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, p. 26.

della società¹¹, con conseguente inversione dei rapporti di forza tra potere e ragione.

Tali considerazioni, che restano sullo sfondo della presente analisi, spingono perciò ad interrogarsi sul rapporto tra giurisdizione e poteri di regolazione al fine di verificare se, con riferimento alla funzione regolatoria svolta dall'ARERA, l'intensità del sindacato giurisdizionale sugli atti di quest'ultima possa ritenersi tale da dar luogo ad un equilibrio accettabile tra potere e ragione, ovvero, se i limiti posti al vaglio della discrezionalità tecnica da parte del giudice amministrativo siano tali da precludere una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive vantate dai destinatari dei poteri di regolazione nel settore dell'energia.

Se con riferimento al controllo giurisdizionale sugli atti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) la giurisprudenza sembra essere ormai approdata ad un indirizzo sufficientemente maturo, incentrato sul superamento sia del modello del sindacato estrinseco sulla discrezionalità tecnica¹² che della dicotomia tra sindacato “debole” e sindacato “forte”¹³, delineando un sindacato non sostitutivo di attendibilità¹⁴ e spingendosi finanche fino a sostenere la possibilità di un sindacato pieno di maggiore attendibilità¹⁵; un minore grado di consapevolezza sembra invece doversi riscontrare con riferimento ai confini del sindacato giurisdizionale sui poteri dell'ARERA, rispetto ai quali l'analisi della giurisprudenza sembra invece portare in luce un approccio

¹¹ G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Il Diritto dell'economia*, 2002, p. 475 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2013, 309-399 (v., in particolare, p. 358-389); Id., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, p. 119-158.

¹² Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601; Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2016 n. 4266.

¹³ Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050; Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2016 n. 4266.

¹⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 2019, n. 6314; Cons. Stato, Sez. VI, 24 luglio 2020, n. 4737; Cons. Stato, Sez. VI, 6 ottobre 2020, n. 5883; Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2020, n. 8061.

¹⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990.

decisamente più conservativo¹⁶, certamente giustificato dalla diversità strutturale dei poteri di quest'ultima rispetto a quelli attribuiti all'AGCM in funzione dell'attuazione della normativa concorrenziale, che oscilla tra un sindacato intrinseco estremamente debole, caratterizzato da una evidente deferenza nei confronti dell'autorità di regolazione, e il mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'autorità di regolazione nell'adozione dei propri atti.

La presente indagine intende perciò ricostruire gli orientamenti del giudice amministrativo con riferimento al sindacato sulla discrezionalità tecnica e porre in luce come l'intensità del controllo giurisdizionale, con particolare riferimento alla funzione regolatoria nel settore dell'energia, risulti inevitabilmente influenzata dal diverso atteggiarsi della discrezionalità tecnica in funzione della struttura del potere in concreto esercitato e, dunque, della sua inerenza o meno alle scelte politico-discrezionali concernenti la (pre)determinazione dell'assetto degli interessi in gioco, o, piuttosto, alla sussistenza dei presupposti stessi che, alla luce della norma di attribuzione, legittimano l'esercizio del potere.

Un conto è, come si avrà modo di evidenziare, discutere della discrezionalità tecnica nell'ambito degli atti di regolazione impicanti (anche) l'esercizio della discrezionalità pura, altro è parlare delle valutazioni tecniche effettuate dall'ARERA a supporto dell'adozione dei provvedimenti prescrittivi e sanzionatori¹⁷. Mentre nel primo caso il ricorso alla tecnica risulta, infatti, preordinato all'integrazione del parametro normativo e, dunque, funzionale all'esercizio di un'attività che presenta (almeno in parte) caratteri politico-discrezionali, implicando la ponderazione degli interessi in funzione della realizzazione dell'interesse pubblico assegnato alla cura dell'autorità di regolazione; nel secondo caso – e, specularmente, laddove si escluda la natura politico-discrezionale dell'attività di regolazione delle autorità indipendenti, rilevandone piuttosto la neutrali-

¹⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2019, n. 1550; Cons. Stato, Sez. VI, 4 gennaio 2021, n. 37; Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2021, n. 341.

¹⁷ In questo senso v. C. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, www.giustizia-amministrativa.it; S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 99.

tà rispetto agli interessi in gioco e il carattere condizionale della regolazione – essa sembra invece risultare strumentale all'accertamento dei presupposti di fatto che la norma attributiva del potere richiede ai fini del legittimo esercizio di quest'ultimo, dando dunque luogo ad un'operazione ermeneutica che non necessariamente presuppone l'intermediazione di un potere amministrativo.

Tali considerazioni sembrano dunque, in primo luogo, suggerire la necessità di partire dall'analisi dei poteri dell'ARERA e della natura delle situazioni giuridiche soggettive vantate dai destinatari della regolazione nel settore dell'energia; e, in secondo luogo, evidenziare come, alla luce dei principali indirizzi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine al sindacato sulla discrezionalità tecnica, il controllo giurisdizionale sugli atti dell'ARERA non possa ormai quantomeno prescindere da un pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, il quale è chiamato a sua volta ad esprimere un giudizio di ragionevolezza tecnica sulla scelta amministrativa, che si arresta soltanto alla soglia dell'opinabilità.

Nello stesso tempo, tuttavia, sia l'analisi dei poteri dell'ARERA alla luce dei diversi orientamenti elaborati dalla dottrina in ordine alla natura dell'attività di regolazione, sia la posizione pionieristica espressa dal Consiglio di Stato in ordine al sindacato pieno di maggiore attendibilità con riferimento ai poteri sanzionatori dell'AGCM, nonché le recenti pronunce del giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti prescrittivi e sanzionatori adottati dall'ARERA nella vicenda sugli sbilanciamenti volontari nel settore elettrico, se da un lato portano a dubitare che possano esserci spazi per un controllo più penetrante con riferimento agli atti di regolazione in senso stretto, dall'altro spingono ad interrogarsi sull'esistenza di ulteriori spazi per un sindacato sostitutivo del giudice amministrativo, con particolare riferimento alle controversie attinenti ai poteri prescrittivi e sanzionatori.

2. La regolazione del settore dell'energia e i poteri dell'ARERA.

L'istituzione dell'ARERA (già Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas¹⁸), quale autorità di regolazione indipendente¹⁹, risale alla l. 14 novembre 1995, n. 481, inquadrandosi all'interno del processo di liberalizzazione che, a partire dalla direttiva 96/92/CE²⁰ in materia di generazione, trasmissione e distribuzione di elettricità e dalla direttiva 98/30/CE²¹ in materia di trasporto, distribuzione, fornitura e stoccaggio di gas naturale, ha interessato i settori dell'energia elettrica e del gas naturale nell'ottica di una graduale apertura alla concorrenza di tali mercati.

La l. 481/1995 affida a tale autorità di regolazione il compito di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nei settori dell'energia elettrica e del gas naturale (ricomprendendo tutte le attività della relativa filiera) assicurando, nel contempo, la tutela degli interessi degli utenti e dell'ambiente, nonché i livelli di qualità dei servizi «*in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo*».

¹⁸ L'ARERA operava inizialmente esclusivamente nei settori dell'energia elettrica e del gas. Successivamente, con la l. 22 dicembre 2014 ha esteso le sue competenze al sistema idrico, con il d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102 ha esteso le sue competenze al settore del risparmio energetico e, con la l. 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1, commi 527-529, ha esteso le sue competenze al settore dei rifiuti.

¹⁹ Cfr. M. DE BELLIS, *L'erosione dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. giur. ENEL*, 2004, p. 401 ss.; F.A. ROVERSI MONACO, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007; A. TRAVI, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, cit.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra Autorità per l'energia e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 442 ss.

²⁰ Con riferimento al settore elettrico, la direttiva 96/92/CE è stata successivamente sostituita dalla direttiva 2003/53/CE (seconda fase) e dalla direttiva 2009/72/CE (terza fase). L'attuazione sul piano del diritto interno è avvenuta con il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, la l. 23 agosto 2004, n. 239 e il d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93.

²¹ Con riferimento al settore del gas naturale, la direttiva 98/30/CE è stata successivamente sostituita dalla direttiva 2004/55/CE e poi dalla direttiva 2009/73/CE. L'attuazione sul piano del diritto interno è avvenuta con il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 e successivamente, con la l. 239/2004 e il d.lgs. 93/2011.

L'ARERA, operando in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione²², è dunque titolare di specifici poteri di regolazione e di controllo del settore dell'energia, quali la determinazione delle tariffe, delle condizioni tecnico-economiche di accesso e dei livelli di qualità dei servizi, nonché di poteri di vigilanza e monitoraggio e, infine, di ampi poteri concernenti l'imposizione di «provvedimenti opportuni, necessari e proporzionati per promuovere una concorrenza effettiva e garantire il buon funzionamento dei mercati»²³, adottando altresì misure temporanee di regolazione asimmetrica. Più nello specifico, l'ARERA esercita la funzione di regolazione ad essa affidata attraverso l'esercizio (i) di poteri consultivi e di segnalazione (art. 2, comma 6); (ii) di poteri di osservazione e proposta sui servizi da assoggettare a concessione o autorizzazione (art. 2, comma 12, lett. a); (iii) di poteri di determinazione delle tariffe (art. 2, comma 12, lett. e); (iv) del potere di emanare direttive per la separazione contabile e amministrativa (art. 2, comma 12, lett. f); (v) di poteri di ispezione e di accesso o di acquisizione della documentazione utile (art. 2, comma 12, lett. g); (vi) di poteri di determinazione dei livelli generali di qualità (art. 2, comma 12, lett. h); (vii) del potere di valutazione dei reclami (art. 2, comma 12, lett. m); (viii) dei poteri sanzionatori (art. 2, comma 20, lett., c), (ix) dei poteri prescrittivi volti alla cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti con obbligo di corrispondere un indennizzo (art. 2, comma 20, lett. d); (x) del potere di adottare provvedimenti cautelari (art. 2, comma 20, lett. e); (xi) dei poteri regolamentari (art. 2, comma 28).

L'attività svolta dall'ARERA con riferimento ai settori dell'energia rientra dunque pienamente nell'ambito di quella che viene comunemente definita funzione di regolazione pubblica delle attività economiche²⁴, da intendersi – con

²² V. art. 2, comma 5, l. 481/1995.

²³ V. art. 43, comma 5, d.lgs. 93/2011.

²⁴ Con specifico riferimento al connesso modello delle autorità amministrative indipendenti sia consentito il rinvio agli autorevoli contributi di C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 549 ss.; M. MAINETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Padova, 1994; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 647 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità am-*

specifico riferimento al modello di intervento pubblico nell'economia tipico dello "Stato regolatore"²⁵ – quale attività di produzione di regole compiuta da soggetti di natura pubblica e per fini di interesse generale con «l'intento di modificare il contesto di azione di altri soggetti perché evidentemente se lasciato a sé stesso, alle sue dinamiche perverrebbe ad un assetto considerato non ottimale»²⁶.

Ciò significa, pertanto, che i poteri dell'ARERA devono essere analizzati tenendo conto del peculiare compito istituzionale assegnato a tale autorità di regolazione che, da un lato, si inquadra nel passaggio dal modello di intervento pubblico nell'economia tipico dello Stato imprenditore o gestore a quello dello Stato regolatore e, dall'altro, si connota per la sua strumentalità rispetto ai complessi processi di liberalizzazione e apertura alla concorrenza che hanno interessato i settori dell'energia in funzione dell'espansione del ruolo del mercato e della contestuale riconfigurazione delle modalità di tutela dell'interesse pubblico.

ministrative indipendenti, 1997; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, p. 145 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; F. MERUSI, M. PASSARO, v. *Autorità indipendenti*, in Enc. Dir., Agg. VI, 2002, p. 143 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2002; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2004; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, (in particolare) p. 97 ss.; F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2006, p. 27 ss.; G. GRASSO, *Le autorità indipendenti della Repubblica*, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano 2007; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009; M. PIERRI, *Autorità indipendenti e dinamiche democratiche*, Padova, 2009; M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, in particolare p. 964 ss.; M. RAMAJOLI, *Consolidamento e matabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età dell'incertezza*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2, 2018, p. 1 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019.

²⁵ Sul passaggio, dagli anni '90 in poi, dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore si rinvia, in particolare, a A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000. Si v. anche R. MICCÙ, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in P. Chirulli, R. Miccù (a cura di), *Il modello europeo di regolazione*, Napoli, 2011.

²⁶ F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, *Il diritto dell'economia*, 3, 2018, p. 702.

Come è stato evidenziato²⁷ l'affermazione del paradigma dello Stato regolatore si è tradotta nella rinuncia dei pubblici poteri alla pretesa di orientare i processi economici verso fini predefiniti a fronte dell'assunzione di una diversa funzione – esercitata attraverso il modello delle autorità amministrative indipendenti – concernente la definizione delle regole e delle condizioni ritenute necessarie per un efficiente svolgimento dei processi economici. L'attribuzione della funzione di regolazione in favore di tali nuove autorità di regolazione ha posto però sin da subito diversi problemi in ordine sia alla loro natura propriamente amministrativa che al regime giuridico applicabile ai loro atti e alle modalità di controllo giurisdizionale, ponendo altresì numerosi interrogativi circa la compatibilità di tale modello di amministrazione con il principio democratico e della responsabilità politica secondo il modello di cui all'art. 95 Cost. e con il principio della sovranità popolare.

A tali questioni di carattere generale, che rilevano in modo significativo anche ai fini della presente indagine, costituendone il necessario sfondo per una corretta ricostruzione dello statuto giuridico dei diversi poteri in cui si articola la funzione di regolazione²⁸ di cui l'ARERA è titolare, la dottrina non ha offerto risposte univoche²⁹.

Secondo autorevole dottrina l'indipendenza dalla politica delle autorità di regolazione, così come pure l'ampiezza dei poteri normativi e provvedimentali attribuiti a queste ultime, troverebbe la propria ragion d'essere nel modello di intervento nell'economia tipica dello Stato regolatore che – per effetto della costituzione economica europea – ha accompagnato i processi di liberalizzazione

²⁷ In questo senso, G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, p. 11 ss.; Id., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, p. 265 ss.; cfr. anche G. Majone, *The rise of the Regulatory State in Europe*, in *West European Politics*, 1994, p. 78 ss.

²⁸ F. DE LEONARDIS, *cit.*, p. 712 ss. evidenzia l'esistenza di dieci categorie dei poteri di regolazione: il potere regolamentare interno, il potere regolamentare esterno, i poteri di amministrazione attiva, il potere di determinare standards di qualità o le tariffe, il potere sanzionatorio, i poteri di moral suasion, i poteri di segnalazione e di proposta, il potere consultivo, i poteri quasi giurisdizionali, i poteri ispettivi.

²⁹ In questo senso, G. DELLA CANANEA, *Autorità indipendenti?*, in *Dir. amm. e soc. civ.*, I, Studi introduttivi, Bologna, 2018, p. 199; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, *Tecnica, politica e democrazia*, *cit.*, 16 ss.

e apertura alla concorrenza di ampi settori economici, laddove lo scopo dei pubblici poteri si risolve nel contrastare i fallimenti del mercato e, dunque, nel permettere il loro efficiente funzionamento, tutelando e promuovendo la parità delle armi tra i soggetti del mercato e la concorrenza tra gli operatori³⁰. Ciò in quanto «la crisi degli anni '30, e l'attenta analisi delle vicende storiche dei vari mercati, hanno dimostrato che, per mantenere un mercato concorrenziale, non ci si può fidare dell'autonomia privata e delle normazioni codicistiche. I concorrenti, lasciati a sé stessi, tendono a distruggere la concorrenza, a creare monopoli e oligopoli, a stabilire intese anticoncorrenziali, ad approfittare delle diversità e di dimensioni e delle asimmetrie informative per non concorrere ad armi pari. La stessa concorrenza, quando scompare, bisogna ricrearla e, quando non c'è, bisogna inventarla artificialmente con strumenti giuridici»³¹. Sul piano della natura dei poteri esercitati ne discende altresì che «l'attività di regolazione e di aggiudicazione, quella tipica delle autorità indipendenti, investa sempre un potenziale conflitto tra un interesse pubblico (libertà di sciopero, concorrenza, tutela del risparmio) ed altri interessi pubblici (vita, salute, libertà di circolazione) o privati (quelli propri degli operatori economici, dei consumatori, degli utenti), la cui soluzione o mediazione, in via regolatoria o decisoria, implica necessariamente quella ponderazione comparativa tra gli interessi coinvolti che costituisce il connotato precipuo della discrezionalità amministrativa»³². Pertanto, secondo tale orientamento, se da un lato l'indipendenza dalla politica rappresenterebbe un elemento imprescindibile del modello delle autorità di regolazione indipendenti, dall'altro, ai poteri ad esse assegnati andrebbe riconosciuta natura propriamente discrezionale, ponendo tuttavia non pochi problemi in or-

³⁰ Tale linea di pensiero è ascrivibile a Fabio Merusi. Si v. in particolare F. MERUSI, *Democrazia e amministrazioni indipendenti*, cit.; F. MERUSI, M. PASSARO, v. *Autorità indipendenti*, cit.; nello stesso senso M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, cit.; E. CARDI, *La Consob come istituzione comunitaria*, in F. Bassi, F. Merusi, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, p. 99 ss.

³¹ F. MERUSI, *Democrazia e amministrazioni indipendenti*, cit., p. 16.

³² F. MERUSI, M. Passaro, v. *Autorità indipendenti*, cit., p. 179.

dine all'assenza di una legittimazione democratica delle scelte politiche operate da tali soggetti³³.

Un diverso e altrettanto autorevole orientamento³⁴ ha invece sostenuto il carattere neutrale della funzione regolatoria negando (almeno in linea di principio³⁵) la natura discrezionale dei poteri delle autorità di regolazione che, alla luce della posizione di neutralità e terzietà che queste ultime assumerebbero ri-

³³ In senso critico, M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994, p. 95 ss.

³⁴ Tra i sostenitori di tale indirizzo, con particolare riferimento alla tesi che sostiene il carattere condizionale della funzione di regolazione svolta dalle autorità indipendenti, si segnalano in particolare SABINO CASSESE (*Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA.VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1987, p. 47 ss.; *Stato e mercato dopo le privatizzazioni e deregulation*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1991, p. 378 ss.; *La trasformazione dei servizi pubblici*, in Econ. pubbl., 5, 1995, p. 5 ss.; *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit.), CLAUDIO FRANCHINI (*Le autorità amministrative indipendenti*, cit.), LUISA TORCHIA (*Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992; *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit.), GIULIO VESPERINI (*Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in Dir. banca e mercato finanziario, I, 1990, p. 415 ss.), MARCELLO 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*, cit.; *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit.; *L'autorità garante della concorrenza e del mercato come "giudice a quo" nei giudizi di costituzionalità*, in www.federalismi.it, 14/2018) e GIULIO NAPOLITANO (*Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005).

³⁵ Le tesi ascrivibili a tale filone sono estremamente articolate e variegate. Tuttavia, proprio la concezione in termini restrittivi della discrezionalità amministrativa in senso proprio nell'ambito della regolazione indipendente pare rappresentare un carattere comune. Nel senso di non escludere completamente la natura discrezionale di taluni poteri delle autorità di regolazione v. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, cit., p. 55 ss.; G. VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 419. Più recentemente E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, cit., p. 205, il quale rileva come «la ponderazione degli interessi viene di norma fatta a monte dal legislatore europeo o nazionale e conduce alla decisione di affidare ad un regolatore non politico l'individuazione delle regole e degli atti tecnicamente più idonei a realizzare l'assetto in tal modo predefinito. Nella legislazione positiva non mancano, come si è ripetutamente segnalato, eccezioni rispetto a tale ordinaria configurazione, nelle quali il regolatore è chiamato ad operare anch'esso valutazioni politico-discrezionali: ma in tal caso la sua indipendenza funzionale subisce una parziale e circoscritta compressione, così da assicurare che comunque, come ritenuto necessario anche dalla Corte di giustizia quanto meno con riferimento alle autorità europee, le determinazioni che esso assume conservino il loro carattere attuativo rispetto alle scelte politiche poste in essere dagli organi a ciò legittimati». La posizione di Bruti Liberati sembra condivisibile in particolare con riferimento sia all'ARERA che all'AGCOM e all'ART alla luce di quanto espressamente previsto dall'art. 1, comma 1 della l. 481/1995 laddove si prevede espressamente che l'esercizio della funzione di regolazione affidata alle autorità di regolazione avvenga «tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo». Con riferimento all'ARERA si veda anche l'art. 1, commi 11 e 12 della l. 239/2004 (che consente al Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle attività produttive, di definire indirizzi di politica generale del settore per l'esercizio delle funzioni attribui-

spetto agli interessi in gioco³⁶, andrebbe invece ricostruita in termini paragiurisdizionali³⁷. Per quanto di interesse ai fini della nostra analisi vale la pena sottolineare come tale orientamento, nell'offrire una risposta (che sembra più) convincente al problema dell'assenza di legittimazione democratica di tali autorità che discende dal riconoscimento della natura pienamente discrezionale dei relativi poteri, si fonda sull'assunto secondo cui l'esercizio di questi ultimi non implicherebbe affatto l'adozione di scelte politiche in quanto «l'assetto degli interessi rilevanti è definito direttamente dalle legge ed è definito piuttosto come un valore che non come un ordine di priorità»³⁸. In quanto volta a definire le regole e le condizioni per lo svolgimento dell'attività privata, la regolazione condizionale non sarebbe infatti tesa a soddisfare un interesse pubblico bensì «alla garanzia di situazioni soggettive private», controllando che l'equilibrio tra tali situazioni giuridiche soggettive fissato dalle norme «sia raggiunto e mantenuto».³⁹ Ne consegue, pertanto, che l'attività di regolazione dei mercati svolta dalle autorità indipendenti implicherebbe – salvo che nei casi in cui sia la stessa norma attributiva del potere ad assegnare ad esse la possibilità di specificare e applicare regolazioni di carattere finalistico o prudenziale, operando scelte politiche sulla base di parametri tecnici – solo accertamenti e valutazioni di caratte-

te all'Autorità per l'energia elettrica e il gas).

³⁶ V. C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 34, secondo cui le autorità di regolazione operano in «una posizione di estraneità e di indifferenza rispetto agli interessi coinvolti». Nello stesso senso S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit., p. 135 ss.; G. AMATO, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 306 ss.; A. MASSERA, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, p. 135 ss.

³⁷ In questo senso M. CLARICH, *Per uno studio dei poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 77 ss. *Contra* v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 31; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997, p. 180 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, p. 95 ss. In virtù del riconoscimento della natura paragiurisdizionale dei poteri attribuiti alle autorità indipendenti c'è chi si è chiesto «perché mai, una volta ravvisata la necessità di ricorrere ad un nuovo soggetto di tutela altamente specializzato e circondato da speciali garanzie di indipendenza, non si sia percorso fino in fondo questo itinerario innovativo, sostituendo pienamente, per così dire in primo grado, il Garante agli organismi giurisdizionali» (M. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di mezzi di tutela e di riparto di giurisdizione nelle attività di trattamento dei dati personali*, in *Foro It.*, V, 1998, p. 51).

³⁸ L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, cit., p. 60.

³⁹ *Ibidem*, p. 61.

re tecnico, non potendo tradursi in «un apprezzamento discrezionale per gli interessi in gioco. Tale apprezzamento e l'assetto che ne consegue sono per intero determinati dalla legge: all'autorità indipendente spetta di agire per mantenere e garantire tale assetto»⁴⁰.

Un terzo filone interpretativo⁴¹ del fenomeno in esame è, infine, quello che negando il carattere neutrale della funzione di regolazione ne afferma invece il carattere pienamente politico-discrezionale⁴², sottolineando come l'esercizio dei relativi poteri implichi sempre e comunque – in quanto necessitato dall'ordinamento costituzionale a garanzia dei diritti protetti da quest'ultimo – la ponderazione di interessi pubblici, e non necessariamente solo sulla base di parametri tecnici. Tale tesi, tuttavia, nel riconoscere la natura discrezionale dei poteri delle autorità di regolazione in ragione dell'imprescindibilità della ponderazione di interessi pubblici nell'ambito delle relative scelte amministrative⁴³, finisce per portare alle estreme conseguenze il problema del *deficit* di legittimazione democratica di tali amministrazioni, la cui soluzione si spinge fino a ritenere l'esistenza di una riserva generale di indirizzo e di controllo del Parlamento e del Governo sull'attività di queste ultime, tale da dar luogo a significative contraddizioni rispetto al modello dello Stato regolatore.

La sommaria ricostruzione dei principali orientamenti espressi dalla dottrina in ordine alle autorità di regolazione e alla natura dei poteri esercitati da queste ultime permette a questo punto di avanzare qualche ipotesi in ordine all'ascrivibilità o meno delle scelte operate dall'ARERA nell'ambito della politica (e, dunque, della ponderazione degli interessi in gioco) e, alla luce della risposta che sarà fornita, di esprimere qualche critica con riferimento all'intensità del sindacato giurisdizionale sui relativi atti. A parere di chi scrive sia il primo

⁴⁰ *Ibidem*, p. 63.

⁴¹ In tale filone interpretativo sono riconducibili le tesi di Michela Manetti (*Poteri neutrali e Costituzione*, cit.; *Le autorità indipendenti*, Bari, 2007).

⁴² M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., p. 157 ss.

⁴³ Secondo Manetti le funzioni esercitate dalle autorità di regolazione avrebbero natura propriamente politico-discrezionale non solo in virtù di quanto previsto dalla norma attributiva del potere ma in ragione del fatto che la tutela degli interessi pubblici costituzionalmente garantiti imporrebbe in ogni caso una ponderazione al fine di evitare il sacrificio di questi ultimi.

che il secondo orientamento elaborato dalla dottrina colgono aspetti senz'altro condivisibili – come la ricostruzione del fenomeno in esame in termini di adattamento della nostra costituzione economica e delle forme di intervento pubblico nell'economia alla costituzione economica europea o il carattere di neutralità rispetto agli interessi in gioco che connota senz'altro alcuni aspetti dell'attività di regolazione – senza tuttavia giungere ad una spiegazione compiuta e unificante del fenomeno in esame dal punto di vista della natura dei poteri di regolazione e delle situazioni giuridiche coinvolte nell'esercizio di questi ultimi. Del resto a tale risultato non sarebbe stato possibile pervenire alla luce della natura pluriforme del fenomeno in esame e dell'impossibilità di sviluppare l'analisi sulle autorità di regolazione in termini meramente astratti, senza tener conto della profonda diversità delle forme attraverso cui il potere di regolazione in concreto si manifesta.

Le considerazioni poc'anzi esposte portano perciò a ritenere necessario adottare un approccio pragmatico che, pur lasciando come sfondo le ricostruzioni del fenomeno proposte dalla letteratura, si sforzi di valutarne le implicazioni con riferimento ai singoli poteri in concreto esercitati⁴⁴. Tale approccio sembra, peraltro, l'unico in grado di offrire risposte convincenti sul piano processuale con particolare riferimento ai problemi posti dal riparto di giurisdizione e, per quanto di interesse in questa sede, dai limiti esterni di giurisdizione e, quindi, dal grado di intensità del sindacato del giudice amministrativo richiesto al fine di garantire una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nell'esercizio del potere di regolazione.

Con riferimento ai poteri dell'ARERA e, in senso più ampio, alla regolazione del settore dell'energia, l'adozione di tale approccio pragmatico conduce a ritenere che sebbene sia oggettivamente difficile non riconoscere la natura

⁴⁴Tale approccio è comunque riconducibile alle tesi di Luisa Torchia laddove, pur aderendo alla tesi neutralista, si evidenzia come non tutti i poteri delle autorità di regolazione si connotino per l'assenza di profili di discrezionalità (L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alle cure delle autorità indipendenti*, cit., p. 55 ss.), rendendosi pertanto necessaria, ai fini che qui interessano, un'analisi caso per caso in relazione alla natura potere di volta in volta esercitato e al suo status giuridico.

pienamente politico-discrezionale – dando luogo ad una forte commistione tra ponderazione degli interessi in gioco e valutazioni tecniche – di taluni interventi regolatori (tesi a definire un quadro di regole concernenti le dinamiche dei settori energetici, lo svolgimento di specifiche attività, mercati, servizi e la disciplina di talune configurazioni impiantistiche, operando perciò autonome scelte di bilanciamento degli interessi, sebbene pur sempre nell'ambito della norma attributiva del potere e degli indirizzi politici espressi a livello nazionale e sovranazionale), sia però altrettanto innegabile l'esistenza di forme di regolazione condizionale e/o tecnica il cui esercizio non implica affatto una ponderazione degli interessi in gioco risolvendosi, piuttosto, in un accertamento o valutazione di carattere tecnico in funzione della preservazione dell'assetto di interessi definito a monte dal legislatore, talvolta, anche con il supporto della stessa autorità di regolazione in chiave integrativa e/o specificativa del precetto normativo nell'ambito, però, dell'esercizio di poteri del tutto diversi rispetto a quelli in parola.

Mentre nel primo caso l'intervento dell'autorità presuppone l'esercizio di poteri discrezionali e, dunque, l'adozione di scelte politiche solo in parte sindacabili dal giudice amministrativo in virtù del principio della separazione dei poteri⁴⁵, nel secondo l'attività di regolazione si traduce più che altro in un processo ermeneutico, condotto attraverso il ricorso a specifiche conoscenze tecniche, funzionale non alla definizione di un certo assetto di interessi bensì alla verifica in concreto dell'esistenza dei presupposti previsti dalla norma attributiva per l'esercizio dei relativi poteri in funzione della preservazione di un certo assetto di interessi definito a monte.

È il caso, come si vedrà più diffusamente in seguito, dei poteri prescrittivi e sanzionatori dell'ARERA rispetto ai quali la relativa norma attributiva – ferma restando la loro riconducibilità in senso lato alla funzione di regolazione,

⁴⁵ «Il principio di separazione dei poteri, infatti, impone di escludere la possibilità che il giudice amministrativo eserciti un sindacato, ad un tempo intrinseco [...] e forte, sulla discrezionalità tecnica» (TAR, Campania, Napoli, Sez. IV, 18 maggio 2015, n. 2758).

quali poteri posti a chiusura del sistema – non pare lasciare margini per una ricostruzione del loro esercizio in termini di ponderazione degli interessi in gioco, dovendosi perciò dubitare che le relative scelte possano ritenersi, sebbene non del tutto, escluse dal sindacato giurisdizionale.

3. Situazioni giuridiche soggettive e riparto di giurisdizione.

Le considerazioni sin qui svolte sul piano sostanziale hanno inevitabili conseguenze anche sul piano processuale. Ciò in quanto il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, in virtù delle previsioni costituzionali (artt. 100 e 103 Cost.), si fonda sulla natura della situazione giuridica soggettiva che si assume lesa⁴⁶ e, dunque, a norma dell'art. 24 Cost. sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. L'art. 113 Cost., in particolare, sancisce il principio di giustiziabilità degli atti amministrativi riservando al legislatore il compito di stabilire quale organo giurisdizionale possa annullare l'atto amministrativo e, in tal modo, vincolando in modo inequivoco il sistema di tutela e di garanzie del cittadino nei confronti del pubblico potere⁴⁷.

Non essendo questa la sede per approfondire il discorso sul riparto di giurisdizione e sui criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza ai fini della qualificazione della controversia in termini di lesione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, per quanto di interesse nell'ambito della presente analisi rileva il fatto che l'art. 133, comma 1, lett. l) del d.lgs. 104/2010 (e, ancor prima, l'art. 33, comma 1, della l. 287/1990 con riferimento all'AGCM, l'art. 2, comma 25, della l. 481/1995 con riferimento all'AEEG e l'art. 1, commi 26 e 27 del d.lgs. 249/1997 con riferimento all'AGCOM) abbia rimesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «*le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori [...], adottati [...] dall'Autorità garante*

⁴⁶ Per una ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine ai diversi criteri di riparto (*petitum* o *causa petendi*) si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979.

⁴⁷ Per un approfondimento si rinvia a M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il codice del processo amministrativo*, Milano-Padova, 2018, (in particolare) p. 65-100.

della concorrenza e del mercato, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, e dalle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481 [...]».

Alla luce della ricostruzione svolta nelle pagine precedenti e a dispetto delle diverse opinioni registrate in dottrina in ordine alla natura del potere di regolazione esercitato dalle autorità indipendenti, tale condivisibile scelta del legislatore equivale a riconoscere, nell'ambito di tali controversie, il venire in rilievo sia di interessi legittimi che di diritti soggettivi⁴⁸. Questa soluzione sul piano processuale è stata salutata, in modo pressoché unanime, con favore dalla dottrina in quanto ritenuta in grado di configurare il giudice amministrativo come il giudice unico e “naturale” del grande contenzioso economico⁴⁹.

Essa, tuttavia, seguendo i paletti posti dalla sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204⁵⁰, non sembra del tutto coerente con gli orientamenti espressi dalla dottrina sul piano sostanziale posto che, dalla negazione dell'esistenza di poteri discrezionali in capo alle autorità di regolazione e dalla configurazione del relativo potere in termini di neutralità rispetto agli interessi in gioco, dovrebbe derivare quale automatica conseguenza il riconoscimento in capo ai destinatari dell'attività di regolazione di situazioni giuridiche di diritto soggettivo piuttosto che di interesse legittimo. Tuttavia, per le ragioni esposte in precedenza, che suggeriscono la necessità di adottare un approccio pragmatico nell'analisi dei problemi oggetto del presente lavoro, la soluzione adottata dal legislatore pare – come si vedrà, a certe condizioni – in grado di cogliere la

⁴⁸ Si noti, tuttavia, come pur emergendo un'accentuata preferenza del legislatore in favore del riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo persistano, come nel caso dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, ipotesi di giurisdizione ordinaria che si fondano sulla qualificazione del diritto alla riservatezza quale diritto fondamentale dell'individuo (v. S. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, cit., p. 9).

⁴⁹ G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giornale di dir. amm.*, 2011, p. 677 ss.

⁵⁰ Sulla base di tale pronuncia la ricorrenza della giurisdizione esclusiva deve ritenersi costituzionalmente legittima solo laddove la materia risulti “particolare” e l'amministrazione agisca in veste di autorità, dando luogo ad un inestricabile intreccio tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, con prevalenza di questi ultimi sui primi.

multiformità del fenomeno e, almeno a parere di chi scrive, l'impossibilità di negare come la dinamica di esercizio del potere regolatorio sia tale da non poter escludere a priori la contestuale esistenza di diritti soggettivi e interessi legittimi, dovendosi quindi porre il problema della loro reale inerenza rispetto all'esercizio del potere di regolazione – che, al di là delle sue peculiarità, conserva pur sempre il suo carattere autoritativo – ai fini della verifica dell'adeguatezza del grado di intensità del sindacato giurisdizionale, anziché, della ricerca del giudice competente a dirimere le relative controversie.

A tale conclusione sembra possibile giungere alla luce delle numerose critiche mosse dalla dottrina⁵¹ nei confronti delle sentenze della Corte Costituzionale 20-27 giugno 2012, n. 162 e 9-15 aprile 2014, n. 94 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 103, comma 1, lett. l) del d.lgs. 104/2010 nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito ai sensi degli artt. 7, comma 6 e 134, comma 1, lett. c) del d.lgs. 104/2010, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia, rilevando come secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione «tali sanzioni, non diversamente da quelle pecuniarie, debbono essere applicate sulla base della gravità della violazione e tenuto conto dell'eventuale recidiva e quindi sulla base di criteri che non possono ritenersi espressione di discrezionalità amministrativa». Del resto, rileva la Corte Costituzionale, «anche il Consiglio di Stato ha riconosciuto che, in punto di giurisdizione sulle controversie aventi per oggetto sanzioni inflitte dalla Consob, sussistessero precedenti giurisprudenziali nel senso della giurisdizione ordinaria, affermando da ultimo la giurisdizione del giudice amministrativo solo sulla base dell'insuperabile dato legislativo espressamente consolidato nell'art. 133 (materie di giurisdizione esclusiva), c. 1, lettera l), del d.lgs. n. 104/2010» avendo invece lo stesso Consiglio di Stato precedentemente «aderi-

⁵¹ Si veda, *ex multis*, G. GRÜNER, *Note minime sul riparto di giurisdizione e sulla tutela giurisdizionale in materia di sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, *Il diritto dell'economia*, Approfondimenti, 3, 2013, p. 390-413.

to all'impostazione della Cassazione, secondo cui doveva attribuirsi al giudice ordinario la giurisdizione sulle sanzioni inflitte dalla Consob (Consiglio di Stato, sezione VI, 6 novembre 2007, n. 6474; in precedenza, sezione VI, 19 marzo 2002, n. 4148)».

Sebbene la soluzione di riparto giurisdizionale prospettata dalla Corte Costituzionale presti il fianco ad alcune fondate critiche, ciò che invece appare significativo ai fini del prosieguo dell'analisi è il ragionamento seguito dal giudice delle leggi in ordine alla natura delle situazioni giuridiche soggettive configurabili in relazione all'esercizio del potere sanzionatorio da parte di due specifiche autorità indipendenti quali la Consob e la Banca d'Italia⁵². Esso si fonda sul riconoscimento del carattere vincolato delle sanzioni amministrative e dell'assenza di profili di discrezionalità amministrativa in ordine all'esercizio del potere sanzionatorio⁵³, dal quale consegue la configurazione in capo a tali autorità di meri doveri a cui fanno da contraltare, in capo ai destinatari dell'esercizio del potere sanzionatorio, diritti soggetti pieni e perfetti (qual è il diritto a non essere sanzionati se non nei casi e nei modi puntualmente previsti dalla legge).

Al di là della disputa in ordine alla natura di diritto soggettivo della posizione effettivamente vantata dal privato nell'ambito dell'attività vincolata⁵⁴, ciò

⁵² Per un approfondimento si rinvia ai numerosi contributi pubblicati sulla Riv. trim. dir. econ., n. 2, supplemento, 2020, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della CONSOB: recenti orientamenti interni e sovranazionali*, e in particolare ai contributi di E. BINDI, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob: i recenti orientamenti interni e sovranazionali. Introduzione*, p. 4 ss.; 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*, p. 98 ss.; N. VETTORI, *Le garanzie individuali nei confronti del potere sanzionatorio di Consob nella "confusione" tra vigilanza e sanzione*, p. 185 ss. Con riferimento alla giurisprudenza della CEDU, v. E. BINDI, A. PIANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2018, (in particolare p. 109-178).

⁵³ In questo senso cfr. R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in Dir. proc. amm., 1986, p. 388 ss.; S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutela giurisdizionali differenziate*, in Dir. proc. amm., 1999, p. 921 ss.; G. Scarselli, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Milano, 2000, p. 269 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie previste dal testo unico sulle leggi in materia bancaria e creditizia*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2002, p. 379 ss.; M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, p. 177 ss.; W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012, p. 180.

⁵⁴ Nel senso di negare che in relazione all'attività amministrativa vincolata si configurino esclusivamente diritti soggettivi v. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla*

che si intende qui evidenziare in quanto funzionale al discorso che sarà sviluppato in seguito, è il fatto che la Corte Costituzionale abbia implicitamente riconosciuto come non tutti i poteri attraverso cui le autorità indipendenti sono chiamate a svolgere la funzione regolatoria diano luogo ad una ponderazione comparativa degli interessi in gioco, sussistendo invece – come nel caso della potestà sanzionatoria – taluni ambiti di attività vincolata (e secondo alcuni, con specifico riferimento all'accertamento tecnico funzionale all'esercizio dei poteri sanzionatori dell'AGCM in materia di violazione delle norme sulla concorrenza, finanche atti aventi natura dichiarativa⁵⁵) che, senza necessariamente escludere, la possibilità di configurare un'ipotesi di giurisdizione esclusiva⁵⁶, sembrano dare conferma dell'impossibilità di trattare, con riferimento ai problemi posti dall'esigenza di un sindacato pieno ed effettivo sugli atti adottati dalle autorità indipendenti, i poteri di regolazione in modo unitario, prescindendo cioè, ai fini dell'individuazione dei limiti esterni di giurisdizione, da una puntuale verifica della struttura del potere concretamente esercitato, della natura di mero accertamento o costitutiva dell'esito dello stesso⁵⁷ e dell'eventuale politicità delle relative scelte.

4. Discrezionalità, merito amministrativo e interpretazione. Le implicazioni sul piano dei limiti esterni di giurisdizione e del principio di separazione dei poteri.

legge sul procedimento, in Dir. amm., 2005, p. 1, secondo cui «l'atto dell'amministrazione, anche se la disciplina degli interessi è interamente contenuta nella legge (come nel caso dell'attività vincolata), può rimanere (e, secondo il nostro sistema positivo, resta) atto indispensabile per la costruzione dell'effetto, ossia indispensabile a ciò che la disciplina degli interessi diverti giuridicamente vincolante». Pertanto, «anche quando manchi qualsiasi discrezionalità, può restare (e positivamente resta) attribuito all'amministrazione il potere costitutivo, senza il cui esercizio l'effetto, benchè interamente disciplinato (o raffigurato) dalla legge (o anche da altro precedente atto amministrativo), non si produce». Contra A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1988, p. 3 ss.

⁵⁵ G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2016, p. 1009-1013.

⁵⁶ Laddove si condivida l'analisi poc'anzi richiamata di F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit.

⁵⁷ Per una ricostruzione del dibattito in materia si rinvia a F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 432; F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in P.A. Persona e Amministrazione, 1, 2017, p. 111; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, p. 98 ss.

Il ragionamento sin qui svolto ci permette così di giungere al cuore della questione concernente l'intensità del sindacato del giudice amministrativo nei confronti degli atti dell'ARERA avendo delineato alcune linee di fondo e, soprattutto, avendo operato una chiara scelta sul piano metodologico che richiede, coerentemente con quell'approccio pragmatico che è stato suggerito, una preventiva indagine sulla struttura del potere di volta in volta sottoposto al vaglio del giudice amministrativo, da intendersi quale condizione imprescindibile per una verifica della coerenza del controllo giurisdizionale concretamente esercitato con il canone della *full jurisdiction*⁵⁸.

Come noto, i limiti esterni di giurisdizione con riferimento ai rapporti con l'amministrazione sono delineati dall'esistenza di tre distinti ambiti di sindacabilità delle scelte amministrative: il primo (la discrezionalità⁵⁹) concernente l'attività di ponderazione di interessi che, in quanto retta da norme e principi giuridici⁶⁰ che limitano la libertà di scelta dell'amministrazione, risulta sindacabile dal giudice amministrativo, sebbene nei limiti dell'eccesso di potere e secondo quanto delineato dalla giurisprudenza⁶¹; il secondo (il merito ammini-

⁵⁸ Per un approfondimento si rinvia ai numerosi contributi pubblicati da questa rivista (n. 2/2018), con particolare riferimento ai lavori di A. CLINI, *Potestà sanzionatoria delle Authorities e "giusto" sindacato giurisdizionale* (p. 75 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* (p. 199 ss.); L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione* (p. 263 ss.). Nonché, in relazione all'impatto della giurisprudenza della CEDU, al lavoro M. ALLENA, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo* (p. 25 ss.).

⁵⁹ La discrezionalità viene solitamente intesa come potere di ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario (R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 85 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 74 ss.). Per un approfondimento v., tra gli altri, C. Mortati, v. *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, p. 1098 ss.; A. PIRAS, v. *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65-91; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 264 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, (in particolare) p. 19-21; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; A. ROMANO TASSONE, v. *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Agg., II, Milano, 1998, p. 978 ss.

⁶⁰ Nel senso di ritenere il potere discrezionale un potere non esercitabile liberamente ma solo nel rispetto di certi vincoli e di certi criteri v. D. SORACE, *Politica-amministrazione. Discrezionalità-autorità*, in *Amministrare*, 1989, p. 237 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, (in particolare) p. 439-441.

⁶¹ La tesi dell'incontrollabilità dell'atto discrezionale è stata ampiamente superata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Come è stato rilevato «la nozione di atto discrezionale non coincide più con quella di attività assolutamente libera, ma diviene quella di atto in qualche modo legato. È la legge a le-

strativo⁶²) relativo alle libere considerazioni politiche (in quanto la discrezionalità comporta una valutazione che implica l'impossibilità di una soluzione unica) rimesse in via riservata all'amministrazione che, come tali, risultano insindacabili da parte del giudice amministrativo (salvo che nelle ipotesi di giurisdizione estesa al merito di cui agli artt. 7, comma 6 e 134 del d.lgs. 104/2010) quale diretta conseguenza del principio della separazione dei poteri; il terzo (l'interpretazione⁶³) inteso quale attività di tipo meramente intellettuale di attuazione della legge e/o di puntualizzazione dei concetti imprecisi adoperati dalle norme che, laddove non implicante l'adozione di una scelta tra i diversi interessi in gioco e, dunque, non riconducibile all'esercizio della discrezionalità amministrativa, dà luogo ad un controllo giurisdizionale pieno, tale da permettere al giudice di ripercorrere interamente l'operazione ermeneutica condotta dall'amministrazione e finanche di sostituirne l'esito alla luce di un'autonoma attività interpretativa svolta da quest'ultimo nell'ambito del processo.

In linea generale è possibile pertanto evidenziare come più si allargano i confini della discrezionalità e del merito amministrativo, più il sindacato giurisdizionale incontrerà dei limiti e, di conseguenza, il grado di intensità di quest'ultimo risulterà via via più debole fino ad annullarsi. Di contro, laddove nell'ambito delle scelte dell'amministrazione sia possibile operare una distinzione tra attività discrezionale e attività di interpretazione, ovvero, escludere in radice l'esistenza di profili di discrezionalità con riferimento all'apprezzamento

*gare la discrezionalità, con il che il rapporto tra legalità e discrezionalità muta radicalmente, dal momento che la legge non costituisce più solamente il limite esterno dell'esercizio del potere, ma diviene la fonte di legittimazione del potere stesso. Il principio di legalità assolve la funzione di "limitare e incanalare l'attività dello stato nell'interesse dello stato medesimo" e l'amministrazione si pone come "interprete e attuatrice – subordinata ma essenziale – dell'interesse generale e obiettivo"» (R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 48, con ampia nota bibliografica).*

⁶² A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939; G. Coraggio, v. *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 130 ss.; B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

⁶³ Ne offrono una ricostruzione, sottolineandone le differenze rispetto all'attività discrezionale, B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 51-62; G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2016, p. 999-1018.

operato dall'amministrazione, il controllo giurisdizionale nei confronti della relativa attività ermeneutica svolta dall'amministrazione non incontrerà limiti, risultando perciò il relativo sindacato pieno ed effettivo.

Sebbene sia stata ormai superata la tesi dell'insindacabilità dell'atto discrezionale, l'intensità del controllo giurisdizionale sul provvedimento ha conosciuto negli anni una progressiva evoluzione che ha permesso, non senza qualche titubanza, al giudice amministrativo di varcare la soglia del sindacato formale ed estrinseco⁶⁴, spingendosi – almeno a livello teorico – a valutare non solo la logicità e razionalità dell'attività posta in essere ma la legittimità della stessa scelta discrezionale concretamente adottata⁶⁵.

La questione si è posta, non a caso ed in modo via via crescente, con particolare riferimento al rapporto tra discrezionalità tecnica, discrezionalità pura e valutazione di merito e, con intensità sempre più pressante, con riferimento all'attività delle autorità indipendenti in ragione del fatto che l'esercizio dei poteri assegnati a queste ultime presuppone sempre il ricorso ad accertamenti e/o valutazioni di natura tecnica. Esso, tuttavia, almeno seguendo il ragionamento sin qui svolto, andrebbe ricostruito in modo diverso a seconda del momento in cui si colloca la discrezionalità tecnica rispetto alla complessa dinamica di esercizio del potere di volta in volta considerato, risultando affatto indifferente ai fini di una valutazione circa l'effettività del sindacato giurisdiziona-

⁶⁴ Ci si riferisce alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in Foro It., 2001, III, p. 9 ss., con nota di A. Travi; in Dir. proc. amm., 2000, p. 185 ss., con note di M. DEL SIGNORE, *Il sindacato amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, e di P. LAZZARA, *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*; in Gior. Dir. amm., 1999, p. 1179, con nota di D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*; in Foro amm., 2000, p. 424 ss., con nota di L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*. Si v. anche A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, p. 421 ss.

⁶⁵ Come si vedrà in seguito, l'orientamento giurisprudenziale attualmente prevalente sugli accertamenti tecnici deve essere condotto «in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo» (Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601). Nel senso di ritenere che, tuttavia, tale pronuncia non abbia condotto ad una completa e chiara ridefinizione della tipologia di sindacato esperibile nei confronti delle valutazioni tecniche v. M. CROCE, *Il sindacato di legittimità sulle valutazioni tecniche ambientali: tra attività conoscitiva e rappresentazione degli interessi*, in www.rqda.eu, n. 2/2019, p. 46.

le il grado di inerenza dell'accertamento e/o valutazione tecnica all'adozione di scelte di natura politico-discrezionali.

Ciò detto, occorre però indugiare ancora su due aspetti. Il primo attiene al complesso rapporto esistente tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. Riprendendo lo storico orientamento espresso dal Consiglio di Stato (Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601) e le posizioni della dottrina più attenta⁶⁶, occorre affermare come non appaia ormai condivisibile la tesi – più volte sostenuta dalla giurisprudenza più risalente⁶⁷, i cui echi sembrano però ancora riecheggiare anche in quella più recente⁶⁸ e in taluni orientamenti espressi con riferimento al limite dell'opinabilità nell'ambito del sindacato intrinseco⁶⁹ – secondo cui l'opinabilità tipica delle valutazioni tecniche sarebbe riconducibile all'opportunità propria della discrezionalità.

Tale posizione, fondandosi sull'erronea assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa, produce conseguenze sul piano pro-

⁶⁶ Si v. L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017, p. 31 e all'ampia ricostruzione del dibattito dottrinale più risalente.

⁶⁷ Cfr. ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 5 novembre 1993, n. 801; Cons. Stato, Sez. VI, 12 marzo 1996, n. 305; Cons. Stato, Sez. IV, 23 marzo 1998, n. 358. Per un'ampia ricostruzione si rinvia a L. LEVA, *Potere tecnico-discrezionale della p.a. e sindacato del giudice amministrativo: profili tecnici e applicativi*, in Foro amm. – CdS, 2002, p. 2673. In senso critico rispetto al persistente atteggiamento della giurisprudenza successiva alla pronuncia n. 601/1999 nel senso di negare la piena sindacabilità delle valutazioni tecniche v. A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in Dir. pubbl., 2004, p. 439 ss.; M. Allena, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, in Urb. e app., 2009, p. 845.

⁶⁸ Nel senso di ritenere le valutazioni tecniche siano sindacabili «esclusivamente nel caso in cui l'amministrazione abbia effettuato scelte che si pongono in contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica» si è espresso il T.R.G.A., Trentino Alto Adige, Trento, 14 gennaio 2016, n. 16. Nel senso di ritenere che «la discrezionalità tecnica risulta, secondo i principi generali, non sindacabile in sede di legittimità se non per vizi macroscopici di razionalità, evidente illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, arbitrarietà o irragionevolezza della determinazione e dei modi di adozione della stessa» v. Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2015, n. 1051. In senso sostanzialmente analogo, evidenziando come si tratterebbe di un sindacato debole «circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità, irragionevolezza o arbitrarietà, ovvero di motivazione fondata su palese e manifesto travisamento dei fatti, laddove siano sintomatiche di un uso della discrezionalità tecnica distorto e contrario ai principi di efficacia, economicità e buon andamento», v. TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 17 gennaio 2020, n. 34, nonché TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 4 ottobre 2019, n. 863; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 591.

⁶⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 21 marzo 2018, n. 1821; Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197; Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211.

cessuale che non paiono potersi condividere a priori⁷⁰ in quanto conducono ad una contrazione dell'intensità del sindacato giurisdizionale che non appare compatibile con l'esigenza di assicurare invece un sindacato pieno ed effettivo⁷¹. Sebbene infatti «l'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento, quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili», come ha avuto modo di evidenziare il Consiglio di Stato, «una cosa è l'opinabilità, altra cosa l'opportunità. La questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito»⁷². Ciò implica pertanto, secondo l'insegnamento della giurisprudenza più accorta, che il sindacato sugli apprezzamenti tecnici non potrà che svolgersi sulla base di una verifica diretta⁷³ da parte del giudice dell'attendibilità delle operazioni tecniche condotte dall'amministrazione, sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico adottato e al procedimento applicativo effettivamente seguito dall'amministrazione⁷⁴.

⁷⁰ Sulla necessità di un diverso trattamento processuale della discrezionalità tecnica e della discrezionalità amministrativa v. F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e della dottrina successiva*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2000, p. 1062; Id., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. Parisio, *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, p. 115. Cfr. Cass., Sez. Un., 25 settembre 2018, n. 22755 secondo cui la discrezionalità tecnica non può aprioristicamente ritenersi sottratta al sindacato giurisdizionale, «atteso che l'apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o complessi, attiene comunque alla legittimità di quest'ultimo».

⁷¹ M.P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali ed influenza del diritto comunitario*, in Dir. proc. amm., 1998, p. 499 ss.; R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2000, p. 81 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, p. 749 ss.

⁷² Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601.

⁷³ Il sindacato, sia estrinseco che intrinseco, può essere diretto, se concerne il giudizio tecnico finale, e cioè se la valutazione-prodotto, oppure indiretto, se verte sulla valutazione tecnica non come prodotto, ma come procedimento intellettuale, come ragionamento, come attività che a tale valutazione mette capo (così R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 118).

⁷⁴ Sulla configurazione di un vizio di legittimità dell'atto amministrativo per effetto dell'accertamento in sede giurisdizionale dell'inattendibilità della valutazione tecnica su cui esso si fonda v. G. DE GIORGI CEZZI, *Giudizio prova verità. Appunti sul regime delle prove nel processo am-*

Il secondo ordine di considerazioni attiene, invece, al fatto che la possibilità di sostituzione della valutazione tecnica operata dall'amministrazione con quella svolta autonomamente dal giudice⁷⁵, eventualmente anche ricorrendo alla consulenza tecnica d'ufficio o alla verifica – in virtù dei richiamati limiti esterni di giurisdizione – non possa ritenersi in astratto esclusa laddove venga in rilievo l'esercizio della discrezionalità tecnica⁷⁶. Sulla base delle considerazioni sin qui svolte sul piano metodologico, essa dovrebbe invece ritenersi consentita in tutti quei casi in cui, alla luce della norma attributiva del potere, sia possibile ricondurre l'esercizio della discrezionalità tecnica nell'ambito di un'attività di accertamento e/o di valutazione tecnica non implicante alcuna ponderazione degli interessi in gioco⁷⁷, risolvendosi dunque nell'adozione di un giudizio tecnico – quand'anche prodromico all'esercizio di un potere discrezionale – frutto di un procedimento ermeneutico condotto attraverso il ricorso a parametri di natura tecnico-scientifica. Circostanza quest'ultima che, come si dirà tra poco, sembrerebbe porsi – sebbene non con riferimento a tutti i poteri in cui si articola la funzione di regolazione, dando luogo, come si è visto, a problemi in ordine alla difficile convivenza tra il modello delle autorità indipendenti e il prin-

ministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 923 ss.

⁷⁵ Nel senso di ritenere escluso che il giudice amministrativo possa sostituire alle valutazioni tecniche operate dall'amministrazione le proprie v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2021, n. 341; Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2021, n. 3566; Cons. Stato, Sez. VI, 7 giugno 2021, n. 4347; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 28 ottobre 2019, n. 5110; Cons. Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2019, n. 6753; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 2 maggio 2019, n. 980.

⁷⁶ Come è stato evidenziato da Franco Gaetano Scoca (*La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, cit., p. 1066-1067), infatti, solo laddove la sostituzione delle scelte dell'amministrazione con quelle del giudice avesse riguardo ad apprezzamenti concernenti l'interesse pubblico il giudice «diverrebbe inevitabilmente un (super) amministratore, attribuendo a sé medesimo la cura (effettiva) dell'interesse pubblico, con snaturamento del sistema». Ciò tuttavia non si verifica nel caso degli apprezzamenti tecnici con la conseguenza che, laddove il sindacato giurisdizionale si arresti alla superficie ovvero sia condotto in modo intrinseco o estrinseco, si integra un'ipotesi di denegata giustizia.

⁷⁷ «La c.d. “discrezionalità tecnica” ricorre quando l'Amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. Propriamente, quindi, non si tratta di attività discrezionale, in quanto non comporta alcuna scelta finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, bensì di un'attività applicativa di una materia o di un settore specialistico» (I.R.G.A. Trentino Alto Adige, Trento, 11 febbraio 2015, n. 60). *Contra* C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in www.federalismi.it, n. 2/2017, p. 12-13.

cipio democratico – proprio con riferimento all'esercizio dei poteri prescrittivi e sanzionatori dell'ARERA, laddove l'accertamento tecnico si pone quale presupposto dell'esercizio del potere piuttosto che quale oggetto o risultato di quest'ultimo⁷⁸.

In questo caso, come è stato evidenziato da autorevole dottrina con riferimento ad altre fattispecie che sembrano tuttavia presentare taluni elementi di analogia, «*la valutazione di un presupposto di fatto costituisce un problema cognitivo, di interpretazione della fattispecie descritta dalla norma, la cui soluzione spetta anche al giudice. La piena conoscenza del fatto da parte del giudice di legittimità non può essere negata, in quanto necessario corollario del suo potere. Il controllo di legittimità non preclude al giudice la verifica della verità dei fatti posti a fondamento del provvedimento, né, d'altro canto, gli consente un sindacato soltanto estrinseco*»⁷⁹.

5. Le peculiarità dei poteri prescrittivi e sanzionatori: l'accertamento tecnico come presupposto (non risultato) dell'esercizio del potere.

L'art. 2, comma 20, lett. d) della l. 481/1995 attribuisce all'ARERA, per lo svolgimento delle proprie funzioni (di regolazione in senso stretto, rigorosamente elencate nei commi precedenti), il potere di prescrivere «al soggetto esercente il servizio la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lett. g), l'obbligo di corrispondere un indennizzo».

Tale disposizione costituisce il fondamento del cosiddetto potere prescrittivo dell'autorità in parola. Esso, tuttavia, viene a delinarsi in termini del

⁷⁸ Come evidenziato da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 164, «l'attività amministrativa, anche quella discrezionale, sarebbe sempre riconducibile all'accertamento, dovendo l'esercizio della discrezionalità svolgersi sulla base di una preesistente, pur se incompiuta, disciplina sostanziale della materia». Si tratta, secondo questo orientamento, di proporre «la distinzione tra funzioni di accertamento autonome e funzioni di accertamento strumentali rispetto a valutazioni di interessi». Laddove, come è stato evidenziato da B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, p. 106-107, le valutazioni di opportunità «si innesteranno sulla struttura di accertamento dell'attività amministrativa, collocandosi al livello della costruzione della fattispecie concreta oppure a quello della determinazione delle conseguenze giuridiche a seconda della conformazione della disciplina della materia».

⁷⁹ Lo rilevano R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 165 (si v. anche la nota n. 310 che dà conto dei principali sostenitori di tale orientamento).

tutto peculiari rispetto agli altri poteri attribuiti all'ARERA in quanto si pone, per così dire, a metà strada tra un potere regolatorio e un potere sanzionatorio tipicamente ripristinatorio⁸⁰.

Quanto al primo, in ragione del fatto che l'esercizio del potere prescrittivo si pone in una prospettiva di *enforcement* della regolazione e, dunque, della preservazione dell'assetto di interessi delineato direttamente dal legislatore, ovvero, come più sovente accade con riferimento al settore dell'energia, dalla stessa ARERA nell'ambito dell'attività di regolazione in senso stretto, mediante l'adozione di atti (che restano però) del tutto estranei (e prodromici) rispetto a quelli attraverso cui si manifesta il potere prescrittivo. La funzione di tale potere è infatti proprio quella di ristabilire l'ordine economico violato, così come delineato a monte da legislatore e autorità di regolazione.

Quanto al secondo, invece, in virtù del fatto che l'adozione del provvedimento prescrittivo assolve appunto il compito di ripristinare l'ordine economico violato, ordinando la cessazione del comportamento ritenuto lesivo dei diritti degli utenti e ordinando la corresponsione di un indennizzo funzionale al ripristino dello *status quo ante* rispetto all'interesse leso.

Alla luce di tali indicazioni occorre allora evidenziare come, in questo caso, la norma attributiva del potere in questione preveda, da un lato, la necessità di svolgere – quale condizione stessa per il suo esercizio – un accertamento di fatto attraverso il ricorso a conoscenze di tipo tecnico e, dall'altro, solo laddove tale accertamento abbia condotto a ritenere l'esistenza di una violazione dei diritti degli utenti e sia stato accertato il nesso eziologico tra la condotta in concreto tenuta dall'operatore economico e l'evento, l'adozione di una scelta – che, diversamente dalla prima, involge direttamente la tutela dell'interesse pubblico – concernente la modalità ritenuta più idonea al fine di conseguire il risul-

⁸⁰ Come evidenziato da S. LICCIARDELLO (Le sanzioni ripristinatorie, in A. Cagnazzo, A. Toschei, *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, p. 333) le sanzioni ripristinatorie sarebbero quelle volte a colpire la *res*, al fine di ripristinare lo *status quo ante* rispetto all'interesse leso.

tato della cessazione del comportamento ritenuto lesivo e del ripristino dell'ordine violato attraverso la previsione di un indennizzo.

Se tale ricostruzione è corretta, non potrebbe che ritenersi che l'accertamento dei presupposti di fatto richiesti dalla norma attributiva ai fini del legittimo esercizio del potere, sebbene effettuato mediante il ricorso a parametri tecnici e, dunque, l'esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'ARERA, prescindendo da qualsivoglia ulteriore ponderazione dell'interesse pubblico, dovendo quest'ultima – per definizione – essere già stata svolta a monte (da legislatore/autorità di regolazione) in sede di definizione di quell'ordine economico dalla cui violazione discende la possibilità stessa di esercitare il potere prescrittivo.

A diverse e opposte considerazioni deve invece pervenirsi con riferimento alle scelte adottate dall'ARERA nella fase successiva all'accertamento dei presupposti di fatto ai fini dell'esercizio del potere. Qui, infatti, non viene più in rilievo la necessità di verificare se in concreto il comportamento contestato abbia dato luogo ad una violazione di un (pre)determinato assetto di interessi in gioco, integrando un danno agli utenti; bensì l'esigenza di scegliere in funzione dell'interesse pubblico tutelato, la modalità ritenuta più idonea a ripristinare l'ordine economico violato. Il che, come evidente, implica necessariamente valutazioni di interesse pubblico che, come tali, devono ritenersi riservate all'amministrazione e, dunque, sindacabili nei termini propri dell'eccesso di potere sulla discrezionalità.

Se con riferimento al potere prescrittivo occorre distinguere a seconda del momento in cui, rispetto alla dinamica di esercizio del potere, viene in rilievo la scelta tecnica dell'amministrazione e il suo grado di inerenza rispetto all'attività di ponderazione di interessi tipica della discrezionalità pura, nel caso del potere sanzionatorio il discorso si semplifica ulteriormente.

La possibilità per l'ARERA di irrogare sanzioni «in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse

all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri» deriva da quanto disposto dall'art. 2, comma 19, lett. c) della l. 481/1995. Riprendendo le parole del TAR Lombardia (Milano, Sez. I, 16 settembre 2019, n. 1985) pronunciate nell'ambito di una vertenza concernente la legittimità di una sanzione irrogata dall'ARERA a seguito dell'accertamento di una violazione del Testo integrato in merito agli obblighi di separazione amministrativa e contabile (*unbundling*), «[n]ell'esercizio della *potestas* sanzionatoria *ex lege* demandatale, all'Autorità amministrativa non spetta la effettuazione di scelte, espressione di discrezionalità amministrativa bensì: la certazione di presupposti di fatto tutti immancabilmente contenuti nella norma (fattispecie di illecito); [...] trattasi di attività di certazione e non di manifestazione di volontà (che implica la formulazione di scelte, in esplicitazione di discrezionalità amministrativa); la regolazione degli interessi, invero, è contenuta nella norma, frutto della previa scelta, essa sì discrezionale, del legislatore».

Ai fini che qui interessano occorre quindi rilevare come il TAR Lombardia, nell'evidenziare le peculiarità dell'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'ARERA, abbia ricondotto quest'ultimo nell'alveo dell'attività vincolata, escludendo che il potere sanzionatorio ad essa attribuito sia da ricondursi alla facoltà di effettuare scelte di natura discrezionale. Al contrario, si tratterebbe, piuttosto, di una diversa operazione di mero accertamento dei presupposti di fatto indicati nella norma attributiva del potere in questione, nonché, prosegue il giudice amministrativo, della «graduazione della entità della sanzione amministrativa pecuniaria nell'ambito della cornice edittale» stabilita dalla norma stessa. Accertamenti di fatto che, come tali, dovrebbero pertanto essere oggetto di un sindacato pieno da parte del giudice amministrativo in quanto non caratterizzati da una ponderazione di interessi e, dunque, espressione di discrezionalità amministrativa.

Al di là di tale significativo precedente giurisprudenziale, ciò che deve essere evidenziato è che, sebbene paia difficile negare l'esistenza di un nesso tra

l'esercizio del potere sanzionatorio e quello regolatorio – rappresentando, anche in questo caso, il primo un potente strumento di *enforcement* del secondo – non si può nello stesso tempo fare a meno di notare come le sanzioni adottate dall'ARERA sembrano rispondere più a una funzione afflittiva⁸¹ che a quella ripristinatoria con la conseguenza di dover negare, come solitamente riconosciuto, che in tali fattispecie siano rinvenibili posizioni di interesse legittimo⁸².

Senza voler indugiare ulteriormente sulla fondatezza o meno di tale affermazione, anche in ragione delle possibili ricadute sul piano processuale che suggeriscono, quantomeno, un po' di cautela, ciò che appare comunque condivisibile è che, sebbene sussista un indiscutibile carattere di strumentalità tra l'esercizio del potere sanzionatorio e quello regolatorio, in quanto «il momento afflittivo-punitivo che pure contraddistingue anche le sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità, lungi dall'essere fine a se stesso, si rivela (strumentale) rispetto alla tutela degli interessi pubblici la cui cura è attribuita all'Autorità stessa»⁸³, ciò non vale comunque a mettere in discussione il fatto assodato che l'attività di ponderazione degli interessi in gioco resta comunque del tutto estranea rispetto alla struttura del potere in questione, ponendosi a monte e, dunque, al di fuori della sua dinamica di esercizio. Con evidenti conseguenze sul piano processuale e, dunque, sull'intensità del sindacato giurisdizionale in ordine al controllo sull'accertamento del fatto (tecnico, semplice o complesso che

⁸¹ Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2021, n. 584. *Contra*, E. PERONI, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (Aeegsi)*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti, Il diritto dell'economia, Approfondimenti*, 3, 2013, p. 306-322, la quale sostiene come obiettivo del potere sanzionatorio dell'ARERA consista «non tanto nella repressione dell'illecito, quanto piuttosto nella garanzia “della promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore” di competenza dell'Autorità» (p. 322).

⁸² Per una ricostruzione v. R. LEONARDI, *I caratteri del potere sanzionatorio*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., (in particolare) p. 23-27.

⁸³ R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzioni di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 634. Si v. anche, in argomento, E. PERONI, *Il procedimento sanzionatorio dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (Aeegsi)*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 306-326; S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 355 ss.; E. BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti. Spunti per un'analisi unitaria*, Torino, 2000.

sia) operato dall'amministrazione, il quale si pone, anche in questo caso, come presupposto stesso dell'esercizio del potere.

6. Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica: uno sguardo d'insieme.

Una volta tracciate le linee di fondo della questione in esame, con particolare riferimento alla pluriformità della funzione di regolazione e all'incerta natura discrezionale dei poteri attribuiti alle autorità preposte all'esercizio della stessa, ed evidenziato come rispetto alle autorità indipendenti la risposta a tali questioni condizioni le forme e le modalità del sindacato giurisdizionale sui relativi atti, è opportuno – prima di passare in rassegna alcune sentenze emesse dal giudice amministrativo nei confronti dell'ARERA allo scopo di operare una verifica circa il grado di intensità del relativo controllo giurisdizionale – indagare ancora sulle modalità attraverso cui si declina il sindacato sulla discrezionalità tecnica nel tentativo di offrire una sintetica, e perciò priva di qualunque pretesa di esaustività, panoramica dell'attuale stato della giurisprudenza in ordine al vaglio sulla discrezionalità tecnica, sia in generale che con specifico riferimento alle autorità indipendenti.

Una volta abbandonata la tesi dell'insindacabilità della discrezionalità (anche tecnica⁸⁴) ed abbracciata invece quella della sindacabilità non assoluta, la giurisprudenza del giudice amministrativo è giunta, come si è già avuto modo di rilevare, ad elaborare diversi orientamenti ai quali corrisponde una pluralità di modelli di controllo giurisdizionale. Se il modello del sindacato estrinseco si caratterizza per il fatto di tradursi in un controllo formale, indiretto ed esterno

⁸⁴ La dottrina per lungo tempo ha ritenuto che la discrezionalità tecnica attenesse al merito amministrativo e, pertanto, che essa fosse insindacabile (per una ricostruzione si v. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, p. 129; N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 3 luglio 2002, n. 3637, in *Foro amm. – CdS*, 2002, p. 2578). Come evidenziato da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 119 «*l'equiparazione tra la c.d. discrezionalità tecnica e la valutazione di merito è servita alla giurisprudenza ad assimilare il regime processuale della discrezionalità tecnica a quello del merito amministrativo. Così, come in un primo momento la discrezionalità amministrativa era ritenuta insindacabile da parte del giudice amministrativo e solo successivamente viene ad essere sindacata tramite il vizio di eccesso di potere, parimenti l'attività tradizionalmente definita discrezionalità tecnica conosce analogo passaggio*».

sull'atto amministrativo sottoposto al vaglio del giudice amministrativo, teso a verificare l'esistenza di un vizio di eccesso di potere in modo non dissimile a quanto avviene nell'ambito del controllo giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità pura; il sindacato intrinseco si connota invece per il fatto di essere volto ad operare un controllo sull'atto mediante l'utilizzo di conoscenze specialistiche e, dunque, di permettere di far emergere vizi non rilevabili *ictu oculi*, secondo cioè il modello tipico dell'eccesso di potere nell'ambito dell'attività discrezionale e, dunque, prescindendo dal ricorso a cognizioni tecniche. Nell'ambito di tale modalità di controllo giurisdizionale si è inoltre soliti distinguere tra sindacato debole, laddove il ricorso alle cognizioni tecniche risulta funzionale ad un mero controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della scelta amministrativa sottoposta al vaglio del giudice, e sindacato forte, nell'ambito del quale il processo diventa la sede nell'ambito del quale la valutazione tecnica dell'amministrazione viene sottoposta ad un controllo pieno, risultando quest'ultima soccombente rispetto all'eventuale diverso punto di vista formatosi in sede processuale. Infine, il sindacato del giudice può essere diretto, nel qual caso «il giudice opera autonomamente la propria verifica, accedendo al fatto con strumenti di indagine e tramite un iter probatorio potenzialmente diversi da quello cui si è rivolta l'amministrazione, la cui attività conoscitiva è dunque del tutto irrilevante»⁸⁵, o indiretto, laddove oggetto del controllo giurisdizionale è invece «proprio l'attività conoscitiva dell'amministrazione [...] che ha condotto l'autorità ad accertare il fatto assunto a base del provvedimento»⁸⁶.

Contrariamente alla posizione tradizionalmente assunta dal giudice ordinario, che – ritenendo che rispetto all'esercizio della discrezionalità tecnica sorgano posizioni di diritto soggettivo⁸⁷ – ha storicamente ritenuto di poter svol-

⁸⁵ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 240-241.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ In questo senso, Cass., Sez. Un., 20 marzo 2000, n. 522; Cass., Sez. Un., 20 febbraio 1992, n. 2096; Cass., Sez. Un., 20 marzo 2001, n. 2994.

gere un controllo diretto sull'apprezzamento tecnico operato dall'amministrazione⁸⁸, l'iniziale atteggiamento della giurisprudenza nei confronti del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica si articolava in due principali filoni⁸⁹. Il primo era propenso ad escluderne in radice la sindacabilità in ragione dell'assimilazione di quest'ultima al merito amministrativo; il secondo, invece, ne riconosceva la sindacabilità in virtù dell'assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa e, pertanto, nelle sole forme della manifesta illogicità, incongruità o contraddittorietà, errore di fatto e difetto di motivazione.

La svolta nella direzione di un sindacato intrinseco sulla discrezionalità tecnica si è registrata con la già citata pronuncia n. 601/1999 del Consiglio di Stato che, mutando il suo precedente orientamento, ha delineato una modalità di controllo giurisdizionale non solo non incentrato sul mero controllo formale ed esterno dell'*iter* logico seguito all'amministrazione, ma di tipo forte e diretto. La tesi del Consiglio di Stato, come si è già avuto modo di sottolineare, si incentra sul superamento dell'assimilazione tra l'opportunità propria della discrezionalità amministrativa e l'opinabilità propria della discrezionalità tecnica, giungendo ad affermare che il sindacato sulle valutazioni tecniche debba pertanto svolgersi in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche dal punto di vista della loro correttezza con riferimento sia al criterio tecnico utilizzato quanto al procedimento applicativo seguito dall'amministrazione. Ne consegue, dunque, che l'oggetto del controllo giurisdizionale non sarebbe più quello tipico del sindacato sull'eccesso di potere, come tale limitato alla manifesta illogicità, irragionevolezza o travisamento dei fatti, bensì i criteri tecnici adottati dall'amministrazione, al punto da risultare pienamente configurabi-

⁸⁸ Ne danno conto E. GUICCIARDI, *Delimitazione dei bacini montani e discrezionalità tecnica*, in *Giur.it.*, 1959, p. 197; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, vol. II, Milano, 1987, p. 262 ss; F.G. COCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, p. 79 ss.

⁸⁹ Per una rassegna si rinvia a A. TRAVI, *Nota* a Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, cit. e a L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, cit.

le la possibilità di sostituzione del giudice all'amministrazione, senza con ciò integrare alcuna violazione del principio di separazione dei poteri.

Senonché, come è stato puntualmente evidenziato dalla dottrina, nonostante il carattere dirompente di tale sentenza, «l'auspicata svolta definitiva in realtà non c'è stata perché negli anni immediatamente successivi sono riemerse in pieno, almeno in alcuni ambiti del contenzioso di legittimità, le espressioni di tendenziale insindacabilità delle valutazioni tecniche, puntualmente stigmatizzate dalla dottrina più avveduta, che ha affermato a chiare lettere che una siffatta limitazione del sindacato giurisdizionale si pone in conflitto “con una concezione rigorosa del principio di legalità, che non ammette alcuna riserva originaria di potere all'amministrazione e, di conseguenza, non consente neppure che il confine fra amministrazione e giurisdizione sia rimesso sostanzialmente alla giurisprudenza”»⁹⁰. Tale considerazione merita di essere condivisa alla luce della nota ritrosia con cui i giudici amministrativi generalmente dispongono la consulenza tecnica d'ufficio o la verifica, limitando l'uso di tali essenziali strumenti istruttori a quelle situazioni in cui l'atto impugnato appaia già *prima facie* affetto da vizi logici o da travisamento dei fatti⁹¹. Atteggiamento quest'ultimo a cui corrisponde, nella maggior parte dei casi, una notevole dissonanza tra le affermazioni di principio generalmente contenute nelle sentenze del giudice amministrativo in ordine alla configurabilità di un sindacato intrinseco (spesso accompagnate da richiami giurisprudenziali alla sentenza n. 601/1999 o, più recentemente, alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990, su cui ci si soffermerà in seguito) e l'effettiva intensità del sindacato giurisdizionale che, in molti casi, in assenza di una consulenza tecnica d'ufficio, fini-

⁹⁰ Così F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit., p. 749-751 che, a sua volta, rinvia ad un'ampia bibliografia in tema.

⁹¹ Cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 4 marzo 2016, n. 439 e, da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 12 novembre 2021, n. 7550. Per una critica A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 444 ss. Nel senso di ritenere invece plausibile tale atteggiamento F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, 2005, p. 184.

sce per tradursi in un sindacato intrinseco meramente apparente⁹² o, quantomeno, viziato da un eccesso di deferenza⁹³ nei confronti dell'amministrazione.

Al di là della persistenza di tali contraddizioni, è tuttavia possibile registrare, sia da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sia del giudice amministrativo, un ormai prevalente orientamento che, nel negare che la discrezionalità tecnica possa «essere aprioristicamente sottratta al sindacato del giudice amministrativo, atteso che l'apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o complessi, attiene comunque alla legittimità di quest'ultimo»⁹⁴, ha ormai definitivamente superato la dicotomia tra sindacato forte e sindacato debole – più per ragioni lessicali che di sostanza (sic!) – giungendo a configurare un sindacato sulle valutazioni tecniche volto a controllare l'attendibilità tecnica di queste ultime che, tuttavia, si arresta di fronte alla configurabilità di più soluzioni tutte fisiologicamente opinabili, sebbene attendibili. Ritenendo in tali casi che a prevalere debba comunque essere la scelta tecnica operata dall'amministrazione⁹⁵.

La panoramica sin qui offerta deve tuttavia essere completata con qualche ulteriore considerazione sullo specifico terreno del controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti che, come detto, alla luce delle peculiarità del potere concretamente esercitato, deve necessariamente articolarsi in funzione della variegata tipologia di attività (e di poteri) attraverso cui si manifesta la

⁹² Una forma di sindacato quest'ultimo che si risolve, in definitiva, in un riesame dell'operato dell'amministrazione secondo i consueti canoni di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti.

⁹³ In questo senso R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁴ Cass., Sez. Un., 25 settembre 2018, n. 22755.

⁹⁵ Sul limite dell'opinabilità v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302 secondo cui «il sindacato del giudice amministrativo sulla direzionalità tecnica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato si svolge non soltanto riguardo ai vizi dell'eccesso di potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza del provvedimento sanzionatorio e del relativo impianto motivazionale), ma anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute, quanto a correttezza dei criteri utilizzati ed applicati, con la precisazione che resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché al giudice amministrativo è consentito censurare solo la valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile».

funzione di regolazione. Una distinzione quest'ultima che, coerentemente con il ragionamento sin qui svolto, non può prescindere dal considerare le differenze tra l'attività di regolazione in senso stretto, che si pone a metà strada tra l'attività normativa e quella amministrativa⁹⁶, e quella provvedimentale, con particolare riferimento a quella sanzionatoria.

Nel caso delle autorità di regolazione – come si è ampiamente ricordato – il ricorso all'esercizio della discrezionalità tecnica avviene, infatti, in modo diverso a seconda della tipologia di potere concretamente esercitato. Mentre nel caso dell'attività di regolazione in senso stretto, il ricorso a cognizioni tecnico-scientifiche e, dunque, gli accertamenti e le valutazioni tecniche sono funzionali all'integrazione del parametro normativo; nel caso della repressione degli illeciti – come avviene nell'ambito dell'esercizio dei poteri dell'AGCM a tutela della concorrenza – l'esercizio della discrezionalità tecnica si pone in funzione dell'accertamento «dei presupposti di fatto ai fini dell'esercizio dei poteri sanzionatori»⁹⁷ implicando l'applicazione «di regole per effetto di un giudizio riguardante il rispetto o meno di un principio che presuppone criteri tecnici o concetti giuridici indeterminati, ma non dev'essere preliminarmente conformato da un intervento regolatorio dell'autorità, essendo garantito dall'accertamento dell'eventuale abuso in virtù di un'operazione ermeneutica riconducibile allo schema “norma-fatto”»⁹⁸.

Tale considerazione, anche grazie alla forte spinta fornita dalla giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo (CEDU) sul fronte del sinda-

⁹⁶ Così R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, cit.

⁹⁷ F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit.; sulla relazione tra funzione di regolazione e potere sanzionatorio v. M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, *Il diritto dell'economia*, *Approfondimenti*, 3, 2013, p. 85-101, il quale evidenzia come si tratti, a seconda della tipologia di autorità, «di una “connessione debole”, che si apprezza in termini di rafforzamento dell'effettività della regolazione e, l'altra volta, di una “connessione forte”, determinata dal fatto che l'Autorità nell'esercizio del potere regolatorio, formula regole per il settore di intervento».

⁹⁸ F. SAITTA, *ult. op. cit.*

cato sulle sanzioni amministrative⁹⁹, ha perciò indotto la dottrina ad interrogarsi sulla necessità di superare l'assetto delineato dal sindacato (non sostitutivo) di attendibilità tecnica soggetto al limite dell'opinabilità, sottolineandone la sua non conformità al canone della *full jurisdiction*, così come delineato dalla Corte di Strasburgo, nell'ambito dell'impugnazione dei provvedimenti sanzionatori.

La questione si è posta con particolare enfasi con riferimento al sindacato del giudice amministrativo nei confronti dei provvedimenti dell'AGCM laddove – pur essendo maggiormente evidente rispetto ad altre forme di regolazione economica il fatto che, in tali fattispecie, l'autorità si ponga quale arbitro tra interessi privati contrapposti, al fine di preservare l'ordine giuridico concorrenziale – l'impossibilità di configurare un sindacato di tipo forte e sostitutivo deriverebbe dal considerare l'accertamento del fatto operato dall'amministrazione alla stregua di un giudizio tecnico discrezionale, frutto cioè di una valutazione complessa¹⁰⁰. Tale assunto, tuttavia, come evidenziato da una parte della dottrina¹⁰¹, non terrebbe conto della natura delle situazioni giuridiche soggettive interessate dalla dinamica di esercizio del potere né dell'assenza in tali fattispecie di elementi di ponderazione di interessi, integrando in tal modo un'indebita riserva dell'accertamento dell'illecito *antitrust* alla sola autorità garante. Si è pertanto sostenuto che, poiché nel caso dell'accertamento della violazione della disciplina della concorrenza si tratterebbe della valutazione di un presupposto di fatto strumentale all'adozione del provvedimento sanzionatorio e non invece di una valutazione del pubblico interesse, il sindacato sulla discrezionalità tecnica si pone quale problema di carattere interpretativo della fattispecie descritta dalla norma, la cui soluzione non può, quindi, che spettare al giudice. In questi casi, infatti, il giudizio tecnico operato dall'autorità non può equipararsi ad un

⁹⁹ Per una ricostruzione si rinvia, su tutti, a F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.

¹⁰⁰ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 137.

¹⁰¹ G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., p. 1004 ss.; cfr. anche B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2016, p. 77 ss.; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 309 ss.

giudizio di merito con la conseguenza che, non implicando valutazioni di opportunità e/o di ponderazione di interessi, il sindacato non potrà che essere pieno. Come è stato evidenziato, infatti, «l'indeterminatezza del precetto normativo non attrae nella fattispecie un momento di discrezionalità amministrativa insindacabile, ma richiede al giudice quella ricerca dei valori che attiene all'interpretazione della norma, quella scelta, opinabile nei risultati, che il legislatore gli ha affidato e che lui non può lasciare ad altri. Il principio di separazione dei poteri e la c.d. riserva di amministrazione non dovrebbero, pertanto, ostare alla sostituzione del giudice all'amministrazione ogniqualvolta si tratti di interpretare la norma, ancorché definita attraverso clausole generali che richiamano nella fattispecie concetti giuridici indeterminati suscettibili di diventare intellegibili solo mediante una scelta di una tra le numerose soluzioni, tutte scientificamente valide, ritenute possibili dalla tecnica in una determinata ipotesi»¹⁰².

Sulla base di tali considerazioni non può dunque che trovare apprezzamento l'ulteriore passo in avanti registrato dalla giurisprudenza amministrativa sul fronte del sindacato pieno ed effettivo sui provvedimenti dell'AGCM che, con la sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990)¹⁰³ sembra aver – sebbene ancora timidamente – ormai varcato la soglia del sindacato (non sostitutivo) di attendibilità (per ora solo con) riguardo alle sanzioni irrogate dall'AGCM.

Il giudice amministrativo ha argomentato la propria tesi partendo dal presupposto che, sebbene «la regolazione economica dei mercati, attraverso l'identificazione dei soggetti legittimati, dei beni negoziabili e dei contratti stipulabili, è funzione che concorre a “definire”, talvolta finanche a “creare”, il fatto economico [...] [.] il modello antitrust è invece una forma di garanzia am-

¹⁰²F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit.

¹⁰³Tra i commenti a tale pronuncia si segnalano M. DEL SIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2020, p. 740 ss.; G. PARODI, *Il sindacato di “maggiore attendibilità” nella recente giurisprudenza amministrativa in materia di farmaci*, in *Corti supr. e salute*, 2, 2021, p. 241-255.

ministrativa che presidia le “condizioni di contesto” – prefigurate dal legislatore – all’interno delle quali rapporti interprivati possono legittimamente esplicarsi, non attingendo il livello di politicità della regolazione economica. [...]». In particolare, «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. Sul piano funzionale, si tratta infatti di un potere equivalente a quello del giudice penale, sia pure con la peculiarità di essere irrogata dall’amministrazione e, per questo motivo, capace di incidere esclusivamente su beni diversi dalla libertà personale (a cagione della riserva costituzionale di giurisdizione). Nel caso della funzione amministrativa in senso proprio, il provvedimento amministrativo, anche quando è fonte, per il suo destinatario, di conseguenze pregiudizievoli o afflittive, queste non sono mai lo scopo o la causa dell’esercizio del potere, bensì la conseguenza soltanto “indiretta” di un atto che ha come obiettivo principale la cura di un interesse pubblico determinato».

La conseguenza di tali considerazioni è allora, secondo i giudici di Palazzo Spada, che poiché «la sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati (ad esempio, quella del “mercato rilevante”) è una attività intellettuale ricompresa nell’interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto “libero” dell’apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l’opinabilità propria di talune valutazioni economiche. Ne consegue che 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 *questio 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”».

Tale pioneristico orientamento del giudice amministrativo, sebbene – come si vedrà passando in rassegna le sentenze del giudice amministrativo concernenti l'impugnazione degli atti dell'ARERA – non sembra poter trovare facile accoglimento con riferimento al sindacato esperito nei confronti delle autorità di regolazione diverse dall'AGCM, sembra tuttavia cogliere nel segno, dando luogo ad una ricostruzione delle questioni oggetto del presente studio che sembra non discostarsi dall'impostazione che si è scelto di seguire ai fini dell'analisi sin qui svolta. Nelle pagine che seguono dovrà pertanto essere verificato se, ed eventualmente in che termini e con riferimento a quali fattispecie di esercizio del potere, tale orientamento possa essere riproposto con riferimento alla regolazione del settore dell'energia e, nello specifico, se il sindacato di maggiore attendibilità possa trovare applicazione con riferimento al sindacato sui poteri prescrittivi e sanzionatori dell'ARERA.

7. La regolazione del settore dell'energia al vaglio del giudice amministrativo: breve itinerario giurisprudenziale sulla discrezionalità tecnica dell'ARERA.

Una volta delineato in termini generali l'orientamento della giurisprudenza in ordine alla sindacabilità da parte del giudice amministrativo della discrezionalità tecnica e, in particolare, degli accertamenti/valutazioni tecniche operate dalle autorità indipendenti, nelle pagine che seguono ci si soffermerà in particolare sul grado di intensità del sindacato sugli atti dell'ARERA attraverso l'analisi delle pronunce del giudice amministrativo.

A tal fine si passeranno in rassegna talune sentenze del giudice amministrativo rese nell'ambito di controversie attinenti all'esercizio da parte dell'ARERA sia dei poteri regolatori in senso stretto che dei poteri prescrittivi e sanzionatori, nelle quali venga in rilievo il problema del sindacato sulla discrezionalità tecnica e, pertanto, tracciato il perimetro di cognizione degli organi di

giustizia amministrativa nei confronti della funzione di regolazione del settore dell'energia¹⁰⁴.

Attraverso l'analisi della giurisprudenza si intende così porre in luce, da un lato, la differenza di approccio riscontrabile tra il sindacato del TAR Lombardia rispetto a quello del Consiglio di Stato, laddove quest'ultimo sembra aver ormai maturato una maggiore consapevolezza in ordine al ricorso ai poteri istruttori previsti dal codice del processo amministrativo e agli strumenti della consulenza tecnica d'ufficio e della verifica ai fini dell'esperimento di un controllo intrinseco sugli atti dell'ARERA; e, dall'altro, le persistenti resistenze del giudice amministrativo ad esperire un controllo che vada oltre i consueti criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti e, dunque, del sindacato di ragionevolezza tecnica, secondo un approccio che resta, tuttavia, pur sempre indiretto rispetto alla scelta tecnica operata dall'amministrazione.

Ciò premesso, un primo filone giurisprudenziale che deve essere segnalato è quello che configura l'attività del giudice amministrativo in termini (ancora) di sindacato sostanzialmente estrinseco, incentrato principalmente sul canone della manifesta infondatezza e/o irragionevolezza tecnica. Nell'ambito di tale filone si inquadra, ad esempio, la sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 4 gennaio 2021, n. 37) relativa ad un giudizio sulla legittimità di una delibera di regolazione tariffaria adottata dall'ARERA, in cui il giudice del gravame ha rilevato come le determinazioni tariffarie dell'autorità sono adottate «nell'esercizio di un potere autoritativo connotato da ampia discrezionalità tecnica, in cui “l'apprezzamento dell'Autorità è espressione di un potere discrezionale, il quale, per giurisprudenza costante, che come tale non necessita di puntuali citazioni, è sindacabile nella presente sede di legittimità nei soli casi di risultati abnormi, ovvero manifestamente illogici” (Cons. Stato, 6 marzo 2019, sez. VI, n.

¹⁰⁴Una prima disamina della giurisprudenza in materia è stata effettuata da M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica, *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, p. 265-285, la cui analisi resta per molti aspetti ancora pienamente attuale.

1550)», in tal modo confermando la sentenza resa in primo grado¹⁰⁵ che aveva rigettato il ricorso e accertato la legittimità del provvedimento regolatorio «senza la necessità di alcuna integrazione istruttoria».

L'orientamento giurisprudenziale richiamato nella sentenza in commento, che limita il sindacato sugli atti adottati nell'esercizio di ampia discrezionalità tecnica ai soli casi di risultati abnormi, viene fatto risalire ad una precedente pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. VI, 6 marzo 2019, n. 1550) in occasione della quale i giudici di Palazzo Spada si sono pronunciati in merito alla legittimità di un provvedimento prescrittivo dell'ARERA volto al recupero degli incentivi indebitamente percepiti dal titolare di un impianto di cogenerazione, a seguito di una verifica ispettiva effettuata dal GSE.

Ai fini che qui interessano, deve essere evidenziato come nel precedente giudizio, il TAR Lombardia avesse ritenuto che la perizia tecnica prodotta dalla parte ricorrente, titolare dell'impianto incentivato, non fosse comunque «idonea a dimostrare l'inattendibilità della metodologia fatta propria dal provvedimento impugnato», sul presupposto che, a detta del giudice adito, per ritenere utilizzabili i risultati cui pervengono le diverse metodologie di calcolo della quantità di energia esatta da incentivare «dovrebbe dimostrarsi che esse sono a tal punto più accurate del criterio adottato dall'Autorità, da determinare l'inattendibilità di quest'ultimo». Prova, tuttavia, ritenuta non dimostrata dal TAR che ha pertanto rilevato «non manifestamente illogica né arbitraria la scelta dell'Autorità»¹⁰⁶.

Seguendo un *iter* argomentativo in parte differente, invece, il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario disporre una verifica «per accertare la correttezza delle metodologie seguite dall'autorità ispettiva nel corso delle verifiche sull'impianto». Tuttavia, in sede di decisione il Consiglio di Stato – tralasciando gli esiti della verifica – si è poi pronunciato ritenendo che «non [fosse] necessario seguire nei dettagli il ragionamento tecnico scientifico svolto nei docu-

¹⁰⁵TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 27 novembre 2019, n. 2528.

¹⁰⁶TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 4 marzo 2016, n. 439.

menti di cui sopra [osservazioni delle parti n.d.r.], perché soccorrono dati ulteriori, di natura più strettamente giuridica. Va infatti ricordato che l'apprezzamento dell'Autorità è espressione di un potere discrezionale, il quale, per giurisprudenza costante, che come tale non necessita di puntuali citazioni, è sindacabile nella presente sede di legittimità nei soli casi di risultati abnormi, ovvero manifestamente illogici». Sulla base di un tale presupposto, il Consiglio di Stato ha così ritenuto il provvedimento impugnato immune da vizi di eccesso di potere sotto il profilo del carattere illogico ovvero abnorme dell'apprezzamento dell'autorità, rilevando che «le deduzioni formulate dai consulenti di parte rappresentano ipotesi alternative, di cui questo Giudice non può tener conto, senza ingerirsi in modo non consentito nelle scelte di merito riservate all'amministrazione».

La poc'anzi citata pronuncia del Consiglio di Stato si presta, tra l'altro, a rimarcare il diverso approccio del giudice amministrativo rispetto al ricorso agli strumenti istruttori previsti dal codice del processo amministrativo, dovendosi registrare differenze significative tra i giudizi di primo e quelli di secondo grado. Il caso poc'anzi richiamato è in tal senso emblematico di come, sebbene il Consiglio di Stato abbia di fatto confermato la decisione del TAR Lombardia, almeno dal punto di vista della tipologia del sindacato esercitato, lo scrutinio svolto dal Consiglio di Stato attraverso il ricorso alla verifica si caratterizzi per la sua maggiore intensità rispetto a quello svolto in precedenza dal TAR Lombardia in virtù dei diversi strumenti istruttori utilizzati.

Un ulteriore esempio di ritrosia da parte del giudice di primo grado al ricorso ai penetranti mezzi istruttori previsti dal codice del processo amministrativo è rinvenibile in una ulteriore pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 779) avente ad oggetto la delibera ARERA recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei costi relativi agli investimenti nelle reti di distribuzione del gas naturale». Anche questa volta, i giudici di Palazzo Spada

hanno confermato la decisione del giudice di *prime cure*¹⁰⁷ che aveva respinto le censure sollevate da un operatore economico nei confronti del provvedimento regolatorio in parola, nella parte in cui – modificando il testo unico in materia di tariffe del gas – aveva imposto un tetto massimo per il riconoscimento tariffario a copertura dei costi di capitale delle località in avviamento, fissandolo in euro 5.250 per ogni nuovo utente allacciato. Tuttavia, anche in questo caso balza all'occhio il diverso e più penetrante approccio seguito dal Consiglio di Stato il quale, pur riconoscendo la legittimità del provvedimento impugnato, è giunto a tale conclusione sulla base di un diverso percorso argomentativo facendo ricorso ad una consulenza tecnica d'ufficio incentrata sulla verifica della correttezza delle scelte operate dall'ARERA.

Il Consiglio di Stato, al fine di giustificare l'adozione di tale diverso approccio, si è preoccupato innanzitutto di delineare i confini entro i quali può essere valutato, in sede processuale, l'apporto conoscitivo derivante dall'esperimento del mezzo istruttorio, sottolineando come «il controllo giurisdizionale, teso a garantire una tutela giurisdizionale effettiva, anche quando si verta in tema di esercizio della discrezionalità tecnica dell'Autorità indipendente, non è limitato ad un sindacato meramente estrinseco, ma si estende al controllo intrinseco, anche mediante il ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione indipendente». In tale ottica, da un lato, «il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato»; dall'altro, «anche l'apporto conoscitivo tecnico, conseguito anche tramite apporti scientifici, non è *ex se* dirimente allorché “soccorrono dati ulte-

¹⁰⁷ TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 3 maggio 2018, n. 1203.

riori, di natura più strettamente giuridica”, che limitano il sindacato in sede di legittimità ai soli casi di risultati abnormi, ovvero manifestamente illogici».

Una volta collocato il proprio scrutinio all'interno del filone giurisprudenziale che ritiene pienamente configurabile un sindacato intrinseco, seppur in forma debole e, talvolta, meramente apparente, nei confronti degli atti dell'ARERA, il Consiglio di Stato è comunque giunto a ritenere corretta la decisione del giudice di *prime cure* il quale, senza ricorrere al mezzo istruttorio, aveva escluso l'esistenza di profili di manifesta irragionevolezza censurabili in sede di legittimità. In altri termini, pur essendosi espressamente rifatto ad una forma di vaglio giurisdizionale di tipo intrinseco, l'esito dello scrutinio operato dal Consiglio di Stato si è comunque materializzato in forma indiretta e, sotto altro profilo, attestato sui binari del tradizionale sindacato sull'eccesso di potere in modo non dissimile a quello esercitato nei confronti della discrezionalità pura. In tal modo configurando una forma di sindacato intrinseco meramente apparente.

Un ulteriore esempio del segnalato diverso metodo attraverso cui il giudice amministrativo accede ai fatti oggetto della controversia è quello fornito dalla ben nota vicenda concernente le strategie di programmazione non diligenti (cd. sbilanciamenti) adottate da un elevato numero di operatori nell'ambito del servizio di dispacciamento dell'energia elettrica, nella quale si conferma evidente l'atteggiamento più restrittivo del TAR Lombardia rispetto all'utilizzo dei mezzi istruttori. Diversamente da quanto accaduto nei precedenti giurisprudenziali sin qui analizzati, in tale vicenda processuale¹⁰⁸ (ancora in corso) si è assistito invece ad un ribaltamento dell'orientamento espresso dal TAR Lombardia in ordine alla necessità di ricorrere ad un consulente tecnico ai fini della deci-

¹⁰⁸Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2020, n. 4322 che riforma TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 5 aprile 2019, n. 761; Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2020, n. 4385 che riforma TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 5 aprile 2019, n. 760; Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5023 che riforma TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 25 febbraio 2019, n. 398; Cons. Stato, Sez. VI, 28 settembre 2020, n. 5681 che riforma TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 6 marzo 2019, n. 467; Cons. Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5837 che riforma TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 14 maggio 2019, n. 1073; Cons. Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2020, n. 6064 che riforma TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 25 ottobre 2019, n. 2262.

sione. Il Consiglio di Stato, infatti, dopo aver espresso qualche titubanza, ha poi ritenuto di dover disporre una verifica i cui risultati hanno permesso al giudice amministrativo di mettere in discussione l'impianto argomentativo e motivazionale su cui si reggevano i provvedimenti impugnati, traendo conclusioni in ordine all'illegittimità di questi ultimi. In particolare, il Consiglio di Stato, proprio attraverso la verifica, ha potuto rilevare – pur senza porre in discussione la sussistenza, sul piano tecnico-fattuale, dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere ai sensi della norma di relazione e della coerenza del provvedimento adottato con le finalità della regolazione¹⁰⁹ – come l'ARERA non avesse adeguatamente dimostrato la corrispondenza tra la condotta ritenuta non diligente dell'operatore (lo sbilanciamento) e l'incremento degli oneri a carico del sistema elettrico (cd. *uplift*) con conseguente danno agli utenti finali.

Tuttavia, nonostante il diverso approccio e il diverso esito del sindacato giurisdizionale, anche in questo caso il Consiglio di Stato – pur rifacendosi agli orientamenti giurisprudenziali in merito al sindacato intrinseco in termini di «verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro coerenza e correttezza» e di «piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione», «senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali» – sembra essersi comunque attestato su un modello tradizionale di sindacato sull'eccesso di potere, limitandosi a configurare l'insussistenza del nesso eziologico tra la condotta contestata e il danno agli utenti quale violazione non della norma attributiva del potere, bensì della norma di azione, concludendo per l'illegittimità dei provvedimenti impugnati in virtù del semplice difetto di istruttoria e motivazione, la-

¹⁰⁹Nel senso di ritenere necessario un sindacato del giudice amministrativo sulle finalità della regolazione v. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit.; con riferimento alla vicenda in esame v. F.G. ANGELINI, *Poteri prescrittivi dell'ARERA e sindacato di full jurisdiction: note a margine delle sentenze del giudice amministrativo sulla violazione del principio di diligenza con riferimento alle strategie di programmazione di immissione e prelievo di energia*, in *Power and Democracy*, V.2, n.2., 2020.

sciando aperta la possibilità per l'ARERA di un successivo riesercizio del potere secondo le indicazioni fornite dal giudice amministrativo¹¹⁰.

Ad esiti in parte speculari è giunto il Consiglio di Stato¹¹¹ nei connessi giudizi concernenti l'adozione dei provvedimenti sanzionatori nei confronti degli operatori ritenuti responsabili di aver adottato strategie di programmazione non diligenti. In tali paralleli giudizi sull'esercizio del potere sanzionatorio, in ordine alla medesima vicenda, il Consiglio di Stato ha riformato le pronunce rese dal TAR Lombardia nei giudizi di primo grado¹¹², facendo leva proprio sulle risultanze della verifica esperita con riferimento ai giudizi aventi ad oggetto i provvedimenti prescrittivi. In questi casi, il Consiglio di Stato ha rilevato come l'esercizio del potere sanzionatorio, «fondandosi su di una prescrizione violata, non può che essere inciso dal venir meno della prescrizione stessa per annullamento giurisdizionale» e che «anche il percorso che ha condotto ARERA ad irrogare una sanzione pecuniaria nei confronti della impresa, parte originaria ricorrente, “soffra” delle appurate illegittimità istruttorie che hanno “macchiato” gli atti presupposti [...] di talché detto provvedimento sanzionatorio ne viene (inevitabilmente e inesorabilmente) travolto per illegittimità derivata». Tuttavia, anche in questo caso, la modalità di sindacato prescelta dal Consiglio di Stato si è delineata secondo i medesimi canoni già rilevati con riferimento ai provvedimenti prescrittivi, lasciando perciò intatta la «astratta possibilità del riesercizio del potere, sulla scorta di un accertamento prescrittivo privo dei vizi rilevati»¹¹³.

¹¹⁰Nel senso di ritenere il potere conformativo del giudice amministrativo uno strumento essenziale ai fini di un sindacato pieno ed effettivo, v. F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit.

¹¹¹Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 27 settembre 2021, n. 6498; Cons. Stato, Sez. VI, 27 settembre 2021, n. 6504; Cons. Stato, Sez. VI, 27 settembre 2021, n. 6505.

¹¹²Cfr., *ex multis*, TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 25 febbraio 2019, n. 389; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 24 maggio 2019, n. 1180; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 20 agosto 2019, n. 1905.

¹¹³Cons. Stato, Sez. VI, 27 settembre 2021, n. 6505.

Un secondo filone giurisprudenziale, di cui si è già in parte dato conto con riferimento alle pronunce poc'anzi richiamate, è quello che ritiene configurabile un sindacato intrinseco, sebbene di tipo sostanzialmente indiretto, e limitato all'opinabilità. In tale filone deve, per esempio, iscriversi la recente vicenda processuale concernente la legittimità della deliberazione ARERA avente ad oggetto la “Regolazione dei servizi di connessione, misura, trasmissione, distribuzione, dispacciamento e vendita nel caso di Sistemi di Distribuzione Chiusi (SDC)”, nella parte in cui prevedeva che i corrispettivi di dispacciamento dovessero essere applicati anche all'energia elettrica prelevata tramite i punti di connessione dei singoli utenti ai SDC e non solo a quella prelevata dalla rete pubblica. In questo caso, il TAR Lombardia¹¹⁴ – seguendo le indicazioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea che, in sede di rinvio pregiudiziale, aveva rilevato come le disposizioni contenute nella Direttiva 2009/72 ostino ad una normativa nazionale che prevede l'attribuzione degli stessi costi di dispacciamento previsti per gli utenti della rete pubblica agli utenti dei SDC, qualora fosse accertata, dal giudice nazionale, la loro differente posizione tale da determinare un minor aggravio di costi per il gestore della rete elettrica¹¹⁵ – ha annullato l'atto di regolazione nella parte *de qua*, accertando l'esistenza di una non corretta valutazione della situazione di fatto tale da non giustificare il medesimo trattamento tra gli utenti della rete pubblica e quelli delle Reti Interne di Utente (RIU) con riferimento al pagamento degli oneri di dispacciamento, inficiando pertanto le scelte di regolazione in senso stretto contenute nell'atto impugnato.

Il Consiglio di Stato ha successivamente confermato la sentenza del giudice di *prime cure* riconoscendo l'esistenza del suddetto vizio e, pertanto, confermando l'illegittimità del provvedimento dell'ARERA sotto il profilo del difetto di istruttoria, rimettendo però all'autorità la puntuale verifica delle difformità

¹¹⁴Cfr., *ex multis*, TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 23 novembre 2020, n. 2234.

¹¹⁵Cfr. CGUE sentenza del 28 novembre 2018 resa nelle cause riunite C-262/17, C-263/17 e C-273/17.

riscontrate all'esito della statuizione del Giudice europeo e la conseguente ride-terminazione dei corrispettivi di dispacciamento. Il tutto sul presupposto che «[s]ul versante tecnico, in relazione alle modalità del sindacato giurisdizionale, quest'ultimo è volto a verificare se l'Autorità abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione dei poteri, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali», ammettendo tuttavia «una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione»¹¹⁶.

Il già più volte richiamato riferimento al limite dell'opinabilità permette poi di evidenziare, anche con riferimento alla regolazione del settore dell'energia, l'esistenza di un ulteriore orientamento giurisprudenziale secondo cui il sindacato intrinseco dovrebbe comunque arrestarsi innanzi all'opinabilità delle valutazioni tecniche operate dall'autorità di regolazione. Emblematica di tale terzo filone giurisprudenziale è la sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165) resa con riferimento ad una delibera dell'ARERA riguardante la revisione dei meccanismi di determinazione tariffaria dei servizi di distribuzione e misura del gas, con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno criticato la decisione del TAR Lombardia che aveva in precedenza rilevato l'illegittimità della delibera ritenendo che le scelte regolatorie compiute dall'autorità fossero prive di un adeguato supporto motivazionale¹¹⁷.

La critica mossa dal Consiglio di Stato sull'attività valutativa svolta dal giudice di primo grado si sofferma sulla constatazione che il TAR si era «limita[to] ad esercitare un sindacato esterno, sulla base di canoni tratti dalla comune esperienza, senza spingersi all'interno della complessità tecnica delle valutazioni compiute» dall'ARERA, svolgendo, di fatto, una «verifica dell'apparente ragionevolezza» (esercitando dunque un sindacato meramente estrinseco). Secondo il giudice dell'appello, infatti, la complessità tecnica delle valuta-

¹¹⁶Cons. Stato, Sez. VI, 7 giugno 2021, n. 4347.

¹¹⁷Cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 24 ottobre 2014, n. 2554.

zioni che precedono le scelte regolatorie, che spesso si traducono in una scarsa intelligibilità dell'*iter* logico-motivazionale sotteso a tali scelte, «certamente non giustifica un indebolimento del sindacato giurisdizionale, che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione». Sulla base di tali assunti, il Consiglio di Stato ha pertanto esaminato le scelte regolatorie effettuate dall'ARERA «con gli occhi dell'esperto», ovverosia riutilizzando gli stessi criteri tecnici impiegati dall'autorità, rilevando la loro «attendibilità» e «ragionevolezza tecnica» e dunque riformando la sentenza del TAR Lombardia che aveva invece annullato il provvedimento impugnato.

Un altro esempio in tale direzione è poi fornito dalla sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 11 gennaio 2021, n. 341) avente ad oggetto la delibera ARERA di regolazione tariffaria dei servizi di distribuzione e misura del gas per il periodo 2014-2019, dove il giudice amministrativo è stato chiamato a valutare l'attendibilità e la ragionevolezza delle scelte dell'autorità con riferimento, in particolare, alla determinazione del meccanismo del cd. *price cap* e alla differenziazione del tasso di recupero di produttività a seconda delle dimensioni degli operatori economici presi in esame.

In primo grado, il giudice amministrativo¹¹⁸ aveva rilevato l'irragionevolezza e la conseguente illegittimità del provvedimento di regolazione ravvisando, da un lato, un difetto di istruttoria nella valutazione analitica svolta dall'ARERA che non era riuscita adeguatamente a dimostrare che l'obiettivo perseguito dal *price cap* fosse declinato in termini ragionevoli e proporzionali; dall'altro, l'irragionevolezza della scelta di prevedere un tasso di recupero di produttività differenziato a seconda delle dimensioni degli operatori economici.

¹¹⁸TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 18 aprile 2019, n. 881.

Quanto al primo profilo, il Consiglio di Stato, in sede di gravame, ha confermato la decisione del TAR Lombardia rilevando come la scelta dell'ARERA di prevedere l'applicazione di un tasso costante nella determinazione del *price cap* non fosse supportata da un'adeguata istruttoria e motivazione, comportando – fermo restando il «limite di sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità amministrative indipendenti - non potendo sostituirsi la valutazione giudiziale a quella amministrativa» – l'illegittimità *in parte qua* della delibera e la possibile riedizione del potere regolatorio, sulla base di un'adeguata istruttoria in grado di giustificare le decisioni al riguardo suscettibili di essere assunte dall'autorità amministrativa, dunque adottando, su questo specifico profilo, un sindacato intrinseco di tipo indiretto.

Quanto al secondo profilo, invece, il Consiglio di Stato, accogliendo il motivo di appello proposto dall'ARERA, ha rilevato la ragionevolezza e l'attendibilità tecnica della scelta e delle valutazioni effettuate dall'autorità, nonché l'adeguatezza dell'istruttoria e della motivazione a supporto di tale decisione, sottolineando come «il sindacato giurisdizionale sugli atti di regolamentazione delle Autorità amministrative, ancorché pieno ed effettivo, estendendosi anche all'accertamento dei fatti operato dall'Autorità sulla base di concetti giuridici indeterminati o di regole tecnico-scientifiche opinabili [...] e implicando la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico-scientifico (e, nell'ambito di tali confini, anche del grado di attendibilità dell'analisi economica e delle valutazioni tecniche compiute, alla stregua dei criteri della ragionevolezza e della proporzionalità), attraverso gli strumenti processuali a tal fine ritenuti idonei (ad es., consulenza tecnica d'ufficio, verifica, ecc.), non può, tuttavia, spingersi fino al punto di sostituire le valutazioni discrezionali dell'Amministrazione». Tale tecnica di sindacato comporta, pertanto, che «qualora ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità abbia dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un con-

trollo “intrinseco”, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto».

In senso conforme si pone infine un'ulteriore pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. VI, 22 dicembre 2020, n. 8219), concernente l'impugnazione della delibera 444/2016/R/eel con cui l'ARERA ha inteso regolare e dettare misure transitorie volte a contrastare le strategie di programmazione non diligenti degli utenti del dispacciamento in relazione alle quantità di energia elettrica in immissione e in prelievo (cd. sbilanciamenti). In questo caso, il giudice amministrativo, nel richiamare ancora una volta i principi elaborati dal consolidato orientamento giurisprudenziale richiamato nella poc'anzi citata sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 11 gennaio 2021, n. 341, relativa al sindacato intrinseco di attendibilità tecnica e non sostitutivo), ha rilevato come tale tecnica di controllo giurisdizionale sia peraltro «coerente con quello affermato a livello sovranazionale, tenuto conto che anche la Corte di Giustizia, pur riconoscendo la competenza del giudice europeo a controllare la qualificazione giuridica di dati di natura economica operata dalla Commissione, ha precisato come non sia ammissibile la sostituzione della valutazione giudiziale a quella della Commissione, la quale ha in materia competenza istituzionale». I giudici di Palazzo Spada, nella medesima sentenza, hanno altresì precisato come «[l]'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale richiedono, comunque, pure in ambito unionale la necessità che il giudice non soltanto verifichi l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati, la loro affidabilità e la loro coerenza, ma anche accerti se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti, che devono essere presi in

considerazione per la valutazione di una situazione complessa e se siano idonei a corroborare le conclusioni che ne sono tratte».

8. Un sindacato a “intensità variabile” sulla discrezionalità tecnica dell'ARERA?

Una volta completata l'analisi sul piano teorico e passate in rassegna alcune significative pronunce del giudice amministrativo, non resta allora che provare a tirare le fila del ragionamento al fine di delineare i contorni del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica dell'ARERA, evidenziando sia quelli che appaiono ormai rappresentare i punti fermi tracciati dalla giurisprudenza del giudice amministrativo (e, in particolare, del Consiglio di Stato), sia le residue zone d'ombra che lasciano intravedere la possibilità di immaginare ulteriori spazi per un controllo pieno ed effettivo sugli atti di tale autorità di regolazione.

Tali elementi, come si dirà meglio tra poco, sembrano suggerire la possibilità di definire quello nei confronti dell'esercizio della discrezionalità tecnica nell'ambito della regolazione dei settori dell'energia come un sindacato a “intensità variabile” in funzione cioè della struttura giuridica del potere di volta in volta esercitato dall'autorità e, dunque, del momento in cui l'accertamento e/o la valutazione tecnica si colloca rispetto alla scelta amministrativa, con particolare riferimento alla sua inerenza alla definizione dell'assetto di interessi ritenuto più confacente rispetto all'interesse pubblico tutelato.

Ciò implica che – in virtù della conseguente impossibilità di esprimere un giudizio univoco sul ruolo svolto dal giudice amministrativo nei confronti dell'attività regolatoria posta in essere dall'ARERA (che trova, a sua volta, la propria ragion d'essere nella diversa struttura dei poteri esercitati da quest'ultima) – la valutazione della rispondenza di tale modello di controllo giurisdizionale al canone della *full jurisdiction* dovrà essere necessariamente condotta con riferimento a singole fattispecie concrete, tenendo conto della tipologia di valutazione tecnica richiesta dalla norma attributiva e della sua strumentalità o

meno rispetto all'esercizio della discrezionalità pura. Dovendo, in altri termini, operare una netta distinzione concettuale tra il sindacato sugli atti che rientrano nel perimetro di quella che abbiamo detto essere la “regolazione in senso stretto” e quelli che invece afferiscono all'esercizio di poteri diversi rispetto ai quali, come nel caso dei poteri prescrittivi e sanzionatori, l'accertamento tecnico svolge (in tutto o, come nel caso dei provvedimenti prescrittivi, in parte) una diversa funzione in vista cioè non dell'adozione della soluzione ritenuta più confacente alla tutela di un interesse pubblico bensì della preventiva verifica dei presupposti di fatto – come tali pienamente sindacabili dal giudice – che legittimano l'esercizio stesso del potere.

a. La verifica dei fatti posti a fondamento degli atti dell'ARERA quale fulcro del sindacato del giudice amministrativo.

Un primo ordine di considerazioni che si può rilevare dall'analisi della giurisprudenza corrisponde alla necessità, per il giudice amministrativo, di poter pienamente accedere, conoscere e verificare i fatti posti a fondamento dell'attività regolatoria nell'esercizio dei diversi poteri attribuiti, siano questi di regolazione in senso stretto o in senso lato. Il pieno accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo risulta infatti imprescindibile tanto in relazione al sindacato sull'esercizio dei poteri di regolazione in senso stretto dell'ARERA, quanto, in modo del tutto peculiare rispetto alla dinamica dell'esercizio del potere, in relazione al sindacato sui poteri prescrittivi e sanzionatori, laddove l'accertamento fattuale si declina in concreto nella verifica dei presupposti di fatto posti a fondamento dalla norma attributiva del potere stesso.

Un secondo ordine di considerazioni, suggerito dalle pronunce del giudice amministrativo che sono state analizzate, riguarda invece la tendenziale ritrosia del giudice di primo grado a fare ricorso ai mezzi istruttori di cui dispone, quali in particolare la consulenza tecnica d'ufficio e la verifica, motivo per cui spesso il relativo sindacato si attesta nell'ambito di un mero controllo for-

male ed esterno, fortemente ancorato al canonico sindacato sull'eccesso di potere.

Se la verifica dei fatti posti a fondamento degli atti dell'ARERA rappresenta il fulcro del sindacato del giudice amministrativo con riferimento alla regolazione nel settore dell'energia, non può non evidenziarsi come un simile atteggiamento dia luogo ad un depotenziamento del sindacato giurisdizionale che non appare, in molti casi, sufficiente e adeguato nell'ottica invece di un sindacato realmente pieno ed effettivo. Motivo per cui è quantomeno auspicabile il superamento di tale ritrosia da parte del giudice amministrativo e un maggiore coraggio nell'utilizzo dei suoi poteri istruttori.

b. Un giudizio di ragionevolezza tecnica: il sindacato (non sostitutivo) di attendibilità tecnica e il limite dell'opinabilità.

Un terzo ordine di considerazioni riguarda l'esistenza, riscontrabile ancora una volta specialmente in primo grado, di una certa timidezza, coerentemente con quanto evidenziato con riferimento al ricorso ai mezzi istruttori, ad operare un sindacato realmente intrinseco. Al di là delle petizioni di principio, infatti, anche quando il giudice amministrativo sembra porsi nelle condizioni di esercitare un sindacato intrinseco alla fine, il vaglio di giurisdizione si risolve sovente in un controllo di tipo indiretto, ancorato al parametro della manifesta infondatezza e/o irragionevolezza tecnica, in ragione di un (non sempre fondato) timore di oltrepassare i limiti esterni di giurisdizione.

Al riguardo occorre evidenziare come, sebbene questa preoccupazione appaia condivisibile in linea teorica laddove l'esercizio della discrezionalità tecnica si presenta come indissolubilmente legata, in termini di strumentalità, alla ponderazione degli interessi in gioco in funzione dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'ARERA, questo atteggiamento si presta ad alcune fondate critiche laddove tale strumentalità si presenti invece in forma attenuata (e finanche, talvolta, inesistente) in ragione della struttura giuridica del potere concretamente esercitato.

In questi casi il sindacato, pur configurandosi come intrinseco, non è comunque in grado di andare oltre il limite dell'opinabilità, in ragione dell'accoglimento da parte del giudice amministrativo della tesi – criticata nelle pagine precedenti – secondo cui l'opinabilità equivarrebbe all'opportunità, riproponendo dunque l'assimilazione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. In tal modo il sindacato sulla discrezionalità tecnica nei confronti degli atti dell'ARERA si viene a configurare come un sindacato di ragionevolezza tecnica, incentrato sulla verifica della non manifesta inattendibilità dell'accertamento e/o valutazione tecnica, che si arresta innanzi all'esistenza di plurime risposte, tutte ritenute tecnicamente ragionevoli. Delineando, di conseguenza, una “preferenza di amministrazione”¹¹⁹ che, mentre può ritenersi perfettamente giustificata laddove la scelta tecnica sia operata in funzione della definizione di un determinato assetto di interessi, come avviene nell'attività di regolazione in senso stretto, in tutte le altre fattispecie si presenta come una indebita compressione del sindacato giurisdizionale, in patente violazione del canone della *full jurisdiction*.

Tale orientamento giurisprudenziale, riprendendo quanto detto nelle premesse del presente lavoro, non permette così – laddove non sia in discussione (anche) un'attività discrezionale pura – all'argomentazione razionale di svolgere appieno la propria funzione di riconoscimento, impedendo di sostituire la scelta operata dall'amministrazione sul piano meramente tecnico con quella ritenuta più attendibile all'esito di un confronto razionale svolto in sede processuale nel rispetto di quelle garanzie di terzietà e indipendenza che solo la giurisdizione sembra in grado di offrire.

c. I residui spazi per un sindacato (pieno) di maggiore attendibilità.

Una volta individuati quelli che sembrano rappresentare i punti fermi del sindacato del giudice amministrativo con riferimento ai poteri dell'ARERA,

¹¹⁹Così F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit.

non resta allora che verificare se alla luce delle caratteristiche dei poteri prescrittivi e sanzionatori che sono state delineate nelle pagine precedenti, l'intensità del controllo giurisdizionale nei confronti degli atti dell'ARERA possa ritenersi adeguata nell'ottica di una giurisdizione piena ed effettiva. Si tratta perciò, in altri termini, di valutare se in relazione alla struttura dei poteri in parola, residuo ulteriori spazi per un sindacato intrinseco forte.

Alcune sollecitazioni in tal senso derivano, oltre che da taluni orientamenti dottrinali inclini a ritenere perfettamente configurabile un sindacato sostitutivo con riferimento ai poteri sanzionatori dell'AGCM¹²⁰, dalla stessa giurisprudenza del giudice amministrativo che, come si è già dato conto, si è spinta fino a delineare – con riferimento ad una controversia relativa all'esercizio dei poteri dell'AGCM in ambito *antitrust* – un sindacato (pieno) di maggiore attendibilità.

Alla luce della ricostruzione che è stata proposta nelle pagine precedenti con riferimento allo statuto giuridico dei poteri prescrittivi e sanzionatori dell'ARERA e al momento in cui si pone, in queste fattispecie, la scelta tecnica nella dinamica di esercizio del potere, sembra lecito sollevare qualche dubbio in merito all'adeguatezza dell'intensità del sindacato giurisdizionale su tali provvedimenti. L'impressione è, infatti, che la tendenza del giudice amministrativo a scrutinare la discrezionalità tecnica secondo gli ordinari parametri elaborati dalla giurisprudenza non tenga in realtà conto né della reale natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nella dinamica di esercizio di tali poteri, né della natura del potere concretamente esercitato, dando luogo ad una compressione

¹²⁰G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit.; B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. I della direttiva antitrust 104/2014*, cit.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 162-165; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 309 ss.; F. SAITTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, cit. In senso critico 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, p. 1207 ss. In generale per un inquadramento complessivo del sindacato nei confronti dell'AGCM v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

dell'intensità del sindacato giurisdizionale fondata sulla grossolana equiparazione tra attività interpretativa e attività discrezionale e tra opinabilità e opportunità.

Proprio l'evoluzione della giurisprudenza in materia *antitrust*, sembra allora suggerire, da un lato, l'inadeguatezza tanto delle forme di controllo estrinseco sui provvedimenti adottati nell'esercizio dei poteri, quanto di quelle che, pur qualificandosi come (apparentemente) intrinseche, si traducono in realtà pur sempre in una forma di sindacato indiretto che si atteggia alla stregua di quello concernente l'eccesso di potere con riferimento alla discrezionalità amministrativa; e, dall'altro, l'esistenza di ulteriori spazi per un sindacato (pieno) di maggiore attendibilità in tutti quei giudizi nei quali, come nel caso dei poteri prescrittivi e sanzionatori, lo scrutinio sulla discrezionalità tecnica non abbia ad oggetto scelte che – direttamente o indirettamente – si traducono in (o rendono possibile) una ponderazione di interessi, bensì l'accertamento e/o la valutazione di un fatto inteso quale presupposto stesso dell'esercizio del potere, sulla base di un procedimento ermeneutico svolto dall'amministrazione applicando conoscenze tecniche, che il giudice è a sua volta chiamato, secondo le modalità proprie del processo amministrativo, a ripercorrere in sede processuale potendosi avvalere degli stessi strumenti cognitivi di cui dispone l'autorità di regolazione.

9. Conclusioni.

L'analisi sin qui svolta ha permesso di ricostruire in chiave critica la questione dell'intensità del sindacato sulla discrezionalità tecnica delle autorità indipendenti in relazione ai diversi poteri attraverso cui si esercita la funzione di regolazione. Dopo aver dato conto delle principali questioni sottese alla tematica in esame, ci si è soffermati in particolare sui diversi approcci seguiti dal giudice amministrativo nell'ambito del controllo giurisdizionale sull'esercizio dei poteri dell'ARERA con l'obiettivo di verificarne l'adeguatezza dal punto di vista della pienezza ed effettività in relazione alle situazioni giuridiche soggettive configu-

rabili nell'ambito di tali fattispecie. All'esito di tale indagine sembra pertanto possibile rassegnare alcune momentanee conclusioni.

La prima riflessione concerne il ruolo degli strumenti istruttori a disposizione del giudice amministrativo nell'ambito del sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti. Sul punto non può non evidenziarsi come il canone della *full jurisdiction* imponga al giudice una puntuale disamina che non può arrestarsi in superficie. L'effettività della tutela giurisdizionale implica, al contrario, il potere/dovere del giudice amministrativo di disporre delle medesime conoscenze tecniche utilizzate dalle autorità di regolazione. Ciò, al fine di sindacarne l'operato sul piano dell'attendibilità e della ragionevolezza dei criteri interpretativi utilizzati e, in ultima analisi, della legittimità della decisione concretamente adottata con riferimento al parametro normativo¹²¹.

In questa prospettiva, lascia perciò perplessi quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'utilizzo dei poteri istruttori – e, in particolare, della consulenza tecnica d'ufficio – resta pur sempre subordinato ad un preventivo scrutinio di natura estrinseca sull'*iter* logico-argomentativo seguito ai fini dell'adozione dell'atto impugnato. La complessità della ricostruzione fattuale e delle conseguenti valutazioni svolte dall'ARERA ai fini dell'esercizio dei poteri regolatori in questione rende invece auspicabile, nella prospettiva di un sindacato pieno ed effettivo, una minore timidezza da parte del giudice amministrativo nel ricorso a tali essenziali strumenti istruttori, senza i quali risulterebbe estremamente difficile – se non impossibile – per quest'ultimo svolgere quel sindacato intrinseco più volte teorizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che richiede un pieno accesso al fatto e un consapevole ricorso alla tecnica ai fini del controllo giurisdizionale.

Emblematico in tal senso è senz'altro il filone giurisprudenziale sviluppatosi in relazione alla nota vicenda degli sbilanciamenti del settore elettrico, in

¹²¹L. PREVITI, *Il tramonto della full jurisdiction per gli antitrust infringements: la chiusura italiana ai principi dettati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di sanzioni amministrative e giusto processo. Il caso delle intese anticoncorrenziali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 2018, p. 1341 ss.

relazione al quale – sebbene dopo aver manifestato alcune iniziali titubanze ed aver espresso orientamenti finanche diametralmente opposti – il Consiglio di Stato ha scelto di subordinare la propria decisione al previo esperimento di una verifica (ovvero, dell'acquisizione della stessa quale prova atipica), dimostrando – rispetto al giudice di *prime cure* – una maggiore sensibilità rispetto al sindacato intrinseco, frutto probabilmente di una maggiore dimestichezza rispetto al TAR Lombardia con le caratteristiche del sindacato sui poteri di regolazione dei mercati, maturata con particolare riferimento ai provvedimenti dell'AGCM. Esso, tuttavia, in tale vicenda emblematica, nel prendere atto degli esiti della verifica, si è limitato a trarre le conseguenze del giudizio di inattendibilità espresso dal consulente limitandosi però ad esercitare un sindacato indiretto, incentrato cioè sui soli profili riconducibili all'*iter* seguito ai fini dell'adozione del provvedimento secondo il modello del sindacato dell'eccesso di potere (in particolare, sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione), invitando di conseguenza l'amministrazione a riesercitare il potere sanando i vizi riscontrati. Senza con ciò, pur in assenza di profili apprezzabili tali da giustificare una riserva di amministrazione, porre realmente in discussione sul piano del merito la correttezza dell'accertamento tecnico svolto dall'ARERA in relazione ai risultati complessivamente raggiunti da quest'ultima in funzione della preventiva verifica dei presupposti legittimanti l'esercizio del potere prescrittivo.

La seconda conseguente riflessione riguarda dunque la necessità di intensificare il sindacato sulla discrezionalità tecnica operando – ai fini della verifica del rispetto dei limiti esterni di giurisdizione – una distinzione, nei termini che sono stati illustrati, a seconda della tipologia di potere concretamente esercitato e del grado di inerenza della scelta tecnica sottoposta al vaglio del giudice amministrativo a valutazioni di opportunità attinenti all'interesse pubblico. Cosa che dovrebbe spingere quest'ultimo a varcare – in tutti quei casi in cui si rinvenivano sussistere i presupposti, secondo il ragionamento che è stato sin qui

sviluppato – la soglia del sindacato di ragionevolezza tecnica e/o di attendibilità tecnica limitato all'opinabilità nell'ottica di un sindacato pieno di maggiore attendibilità che, pur senza operare alcuna sostituzione del giudice all'amministrazione con riferimento alle scelte concernenti l'opportunità, permetta comunque al giudice di esperire un più intenso del sindacato giurisdizionale con riferimento alle operazioni interpretative poste in essere dall'autorità di regolazione.

Se da un lato pare dunque delinearci con riferimento alla regolazione del settore dell'energia un sindacato a “intensità variabile”, le cui coordinate sono state tracciate nelle pagine precedenti, dall'altro si intravede la necessità di fare ancora qualche passo avanti al fine di rendere realmente pieno ed effettivo il controllo del giudice amministrativo sugli atti dell'ARERA, con particolare riferimento ai provvedimenti prescrittivi e sanzionatori, le cui caratteristiche distintive sono state analizzate sia sul piano teorico che giurisprudenziale.

L'eccesso di timidezza e talvolta di deferenza nei confronti dell'autorità di regolazione del settore dell'energia che talvolta traspare dalla giurisprudenza che è stata esaminata sembra essere ancora il retaggio di un modo di intendere la relazione tra giurisdizione e amministrazione che vede quest'ultima fortemente radicata nell'idea della titolarità della sovranità in capo alla persona giuridica dello Stato piuttosto che alla società¹²². Una visione, quest'ultima, che non pare più accettabile (specie) con riferimento all'esercizio dei poteri di regolazione dei mercati affidati alle autorità indipendenti, sia in ragione della loro collocazione al di fuori del circuito politico-rappresentativo, che della constatazione del fatto che esse – essendo prive di legittimazione democratica – sopperiscono a tale carenza proprio alla luce del particolare legame che connota il rapporto tra procedimento e processo¹²³. Tale visione sembra, d'altronde, essere ormai

¹²²G. BERTI, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, XI/XII, Tomo II, 1982/1983, p. 1001; G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in Riv. dir. proc., 4, 1996.

¹²³Per alcuni spunti in tal senso si rinvia a M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; Id., *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in P.A. Persona e Amministrazione. Ricerche giuridiche dell'Amministrazione e l'Economia, 2, 2018, p. 25 ss.

destinata al definitivo tramonto¹²⁴ alla luce della decisiva spinta della giurisprudenza della CEDU sul fronte della *full jurisdiction*, la quale non implica né una sostituzione dei poteri dell'amministrazione con quelli del giudice, né il riconoscimento di una prevalenza del giudice rispetto all'amministrazione.

La piena giurisdizione, nella prospettiva che si è cercato di delineare, appare allora un esito non solo auspicabile ma necessario nella direzione dell'amministrazione come argomentazione della sovranità popolare¹²⁵, funzionale cioè all'attuazione dell'ordine giuridico della società.

¹²⁴G. SABBATO, *La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, in P.A. Persona e Amministrazione. Ricerche giuridiche dell'Amministrazione e l'Economia, 2, 2018, p. 317 ss.

¹²⁵F.G. ANGELINI, *Diritti fondamentali e organizzazione pubblica: premesse teoriche per una ridefinizione del rapporto tra amministrazione e persona*, in Dirittifondamentali.it, 2020, p. 1055-1059.

GRAZIANA URBANO

Già Ricercatrice a tempo determinato in Diritto Amministrativo presso l'Università degli studi di Foggia

graziana.urbano@unifg.it

**RIFLESSIONE SUI RIMEDI (*PREVENTIVI O SUCCESSIVI*)
PREVISTI DALL'ORDINAMENTO ALLE IPOTESI DI
INESECUZIONE DEL GIUDICATO AMMINISTRATIVO DA
PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE**

**REFLECTION ON THE REMEDIES (PREVENTIVE OR
SUBSEQUENT) PROVIDED BY THE ORDER TO THE
ASSUMPTIONS OF NON-EXECUTION OF THE
ADMINISTRATIVE COURT BY THE
ADMINISTRATION**

SINTESI

Nell'ambito dell'effettività della tutela giurisdizionale del privato, il contributo approfondisce un tema delicato e complesso legato alle ipotesi di inesecuzione del giudicato amministrativo da parte dell'amministrazione, ossia la scarsa propensione dell'amministrazione soccombente a conformarsi alle sentenze del giudice amministrativo. Il contributo, infatti, offre spunti di riflessione in ordine a eventuali rimedi sul piano processuale offerti dall'ordinamento al privato per scongiurare *ex ante* (ossia, già nell'arco del processo cognitorio) che accada tale situazione (rimedi preventivi) o, una volta verificatasi l'inadempienza, per ottenere *ex post* (a processo cognitorio conclusosi) tutela piena ed effettiva, senza tralasciare le eventuali conseguenze di tale condotta (in termini di responsabilità amministrativo-contabile) posta in essere dalle autorità amministrative (rimedi successivi). Rimedi che, chiaramente, si collocano al di là del giudizio di ottemperanza o del potere esercitato dal commissario *ad acta* o, sebbene di tutt'altra natura, degli effetti dello strumento processuale dell'*astreinte*, che rimangono sicuramente ancora di salvezza che il legislatore offre al privato, seppur con le loro indiscusse criticità.

Rimedi, ancora, che, tuttavia, non sono facilmente utilizzabili dal privato in quanto legati alla particolarità che connota le dinamiche del giudizio amministrativo- approfondite nel contributo - di tipo fortemente impugnatorio che ricalcano essenzialmente quelle del dialogo sostanziale tra privato e amministrazione.

ABSTRACT

In the context of the effectiveness of the judicial protection of the private individual, the contribution examines a delicate and complex issue related to the hypothesis of non-execution of the administrative judgement by the administration, namely the unwillingness of the losing administration to comply with the judgements of the administrative judge. The contribution offers food for thought with regard to possible procedural remedies offered by the legal system to the private individual to prevent *ex ante* (i.e., already during the cognitive process) the occurrence of such a situation (preventive remedies) or, once the default has occurred, to obtain *ex post* (once the cognitive process has been concluded) full and effective protection, without overlooking the possible consequences of such conduct (in terms of administrative-accounting responsibility) put in place by the administrative authorities (subsequent remedies). Remedies that go beyond the judgment of compliance or the power exercised by the commissioner *ad acta* or, albeit of an entirely different nature, the effects of the procedural tool of the *astreinte*, which certainly remain anchors of salvation that the legislator offers to the private individual, albeit with their undoubted criticalities.

Remedies are not easily usable by the private individual insofar as they are linked to the particularity that connotes the dynamics of the administrative judgement - examined in depth in this contribution - of a strongly impugnatory type that essentially follows those of the substantial dialogue between the private individual and the administration.

PAROLE CHIAVE: rimedi alla inesecuzione giudicato amministrativo – effetto conformativo – azione di adempimento – principi di correttezza e buona fede – responsabilità amministrativo contabile dei pubblici funzionari

KEYWORDS: remedies for non-execution of the administrative judgment - compliance effect - compliance action - principles of correctness and good faith - administrative and accounting responsibility of public employees

INDICE: 1. Inquadramento generale delle caratteristiche del giudizio amministrativo - 2. I diversi rimedi processuali all'inesecuzione del giudicato amministrativo da parte dell'autorità amministrativa. Rimedi *preventivi*: la combinazione dell'effetto conformativo e dell'effetto preclusivo della pronuncia giudiziale del giudice amministrativo - 2.1. (*segue*): il rafforzamento dell'effetto conformativo della pronuncia del giudice amministrativo - 3. La proposizione dell'azione di adempimento dinanzi al giudice amministrativo a fronte dell'esercizio di un potere vincolato – 3.1. Limiti della proposizione dell'azione di adempimento dinanzi al giudice amministrativo a fronte del potere discrezionale esercitato dall'amministrazione - 4. Rimedi *successivi*: la rilevanza dei principi di correttezza e buona fede sul piano processuale. – 5. I profili di responsabilità amministrativo-contabile dei pubblici funzionari.

1. Inquadramento generale delle caratteristiche del giudizio amministrativo

La funzione attribuita tradizionalmente al giudicato amministrativo consta essenzialmente nella garanzia della stabilità del diritto e dei rapporti giuridici da esso regolati, che rappresenta lo scopo a cui mira il cittadino azionando la sua pretesa.

Nell'adire il giudice, nel caso di specie il giudice amministrativo, il ricorrente aspira a ottenere una tutela piena ed effettiva e, ancor più, certezza del diritto e del rapporto giuridico di cui è titolare, in quanto sottoposto al vaglio del giudice.

La richiesta di certezza del diritto, appagata dalla pronuncia del giudice adito, in altri termini, rappresenta lo strumento per garantire una tutela piena ed effettiva di cui il giudicato rappresenta la più importante manifestazione.

Esigenza di certezza e di effettività della tutela che, tuttavia, pur essendo i fulcri essenziali anche del giudicato amministrativo, nel corso del tempo sono passati talvolta in secondo piano, non solamente a fronte di una disciplina le cui linee portanti sono state delineate spesso da una giurisprudenza piuttosto altalenante o dal susseguirsi di differenti tesi dottrinali¹ per lo più concentrate

¹Sul tema del giudicato, cfr. *ex multis*, E. GUICCIARDI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in *Giur.it.*, 1941, III, p.17 ss.; E. CASETTA, *Sulle potestà di annullamento d'ufficio, di revoca e di rinunzia della pubblica amministrazione di fronte al giudicato amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, 1,

sulla individuazione dei limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo; ma anche da un'evoluzione normativa che ha interessato per lo più il rapporto - sostanziale, prima, e quello processuale, poi - tra le parti coinvolte (privato e pubblica amministrazione) contraddistinti e condizionati fortemente dalla presenza "ingombrante" della autorità pubblica.

Nelle controversie di diritto pubblico dinanzi al giudice amministrativo, infatti, una delle due parti processuali, ossia l'amministrazione, è un soggetto pubblico che, sul piano sostanziale, agisce tradizionalmente in veste di autorità (quindi, in modo non paritario rispetto al cittadino ricorrente), essendo titolare

p.187 ss.; E. GUICCIARDI, *L'art. 27 n. 4 e il giudicato amministrativo*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, p.107; F. BENVENUTI, (voce) *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p.897 ss.; E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1978, p.457 ss.; C.E. GALLO, *Giudicato amministrativo e successione di leggi nel tempo*, in *Foro it.*, 1980, III, p.100 ss.; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 4, p.1157 ss.; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Atti XXVII Convegno di Studi di Varenna*, Milano, Giuffrè, 1983, p.75 ss.; F. BARTOLOMEI, *Il giudizio di ottemperanza con particolare riferimento all'adempimento del giudicato amministrativo*, in *Atti XXVII Convegno di Varenna 1981*, Milano, Giuffrè, 1983, p.330 ss.; F. FRANCIOSI, *Inerzia e inottemperanza al giudicato: spunti per una riflessione sull'atto di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1985, 6, p.746 ss.; F. BARTOLOMEI, *Giudizio di ottemperanza e giudicato amministrativo. Contributo per un nuovo processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1987, *passim*; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, *passim*; P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990, *passim*; A. LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo: stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim*; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005, *passim*; A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 4, p.912 ss.; F. SATTI, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 2, p.302 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2011, p.546 ss.; L. MARUOTTI, *Il giudicato*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da SANTANIELLO G., Padova, Cedam, 2014; C. CACCIAVILLANI, *Sull'oggetto del giudicato del giudice amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2016, 5, p.1708 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, *passim*; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, *passim*; G. VERDE, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1, p.13 ss.; N. PAOLANTONIO, *Riapertura del processo, giurisprudenza Cedu e giudicato nazionale: un irragionevole orientamento della Corte Costituzionale*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; A. POLICE, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p.190 ss.; M. TRIMARCHI M., *Il giudicato e l'esecuzione della sentenza*, in P.M. VIPIANA, V. FANTI, M. TRIMARCHI (a cura di), *Manuale di giustizia amministrativa*, Milano, Cedam - Wolters Kluwer, 2019, p. 453 ss. e sia consentito rinviare a G. URBANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, *passim*.

di un potere amministrativo preposto alla cura di interessi pubblici concreti e attuali.

Posizione di superiorità della pubblica amministrazione, rispetto alle altre parti, che si rintraccia e si ripercuote anche nel processo² e che, talvolta, si “trascina” nell’eventuale momento in cui l’autorità pubblica, laddove soccombente in giudizio, debba dare esecuzione alle pronunce giudiziali.

Come noto, infatti, nel giudizio di accoglimento (parziale o totale) della domanda, sulla parte soccombente (ordinariamente l’amministrazione, ma non è escluso possa essere anche il privato) grava il dovere di dare esecuzione alle sentenze del giudice amministrativo. Anzi, essa è tenuta a porre in essere tutti i comportamenti e gli atti necessari a dare compimento a quanto disposto dal giudice.

In particolare, per quanto attiene all’amministrazione, il legislatore, già con l’art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, la legge n. 2248, allegato E, del 20 marzo 1865, imponeva un onere a carico dell’amministrazione di dare esecuzione all’atto giurisdizionale, tale da attribuire alla deci-

²La presenza di più parti processuali nel processo amministrativo denota un evidente squilibrio tra di esse: il giudizio amministrativo è, infatti, strutturalmente sperequato, dal momento che la parte propositiva del processo, il ricorrente, si trova solitamente a <<combattere>> contro due parti (amministrazione e controinteressato) che, seppur formalmente e sostanzialmente diverse e con propri autonomi poteri processuali, difendono un medesimo interesse. Queste due parti, infatti, pur nella diversità degli interessi, si schierano insieme *versus* una parte sola, il ricorrente, che è colui che dà adito all’inizio del processo, si impegna alla sua prosecuzione e nutre l’interesse maggiore ad ottenere una pronuncia satisfattiva da parte del giudice. Tale singolare dialettica avviene in ogni grado del giudizio amministrativo: la disparità delle armi nel contraddittorio non è, però, “a senso unico” cioè a favore solo dell’amministrazione e a discapito del privato, ma riguarda tutte le parti del processo in primo e in secondo grado, al di là che la parte intimata sia pubblica o privata, giacché parte intimata può essere anche il soggetto privato. Cfr. E. FOLLIERI, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 3, p.634 esamina l’ipotesi in cui parte resistente sia il privato in qualità di stazione appaltante. Altro caso è quello della Pa. che ricorre per l’adempimento contrattuale affrontato da S. FOÀ, *Pubblica amministrazione ricorrente, domanda riconvenzionale e accertamento della nullità: tra diritto civile e Codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2010, 7-8, p.1552 ss.; V. DOMENICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 4, p.4331. S. SPUNTARELLI, *La parità delle parti nel giusto processo amministrativo*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2013, *passim*; G. DE GIORGI CEZZI, *Parti del processo (dir. amm.)*, in *Diritto on line – Treccani*, 2016, p.1 ss. e ID., *Note in tema di parti nel processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2017, 15, p.1 ss.

sione giudiziale un ruolo di prevalenza rispetto a qualsiasi atto amministrativo³. Successivamente la previsione ha trovato conferma nella (recente) formulazione di cui all'art. 88, comma 1, lett. f), del codice del processo amministrativo laddove stabilisce espressamente che la sentenza debba contenere «l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa»⁴.

Ma, talvolta, l'amministrazione rimane inadempiente circa il dovere contenuto nel dettato giudiziale, costringendo il ricorrente a percorrere altre vie per ottenere una tutela che gli è stata comunque riconosciuta prime cure dal giudice adito.

Senza dubbio, il contenuto del dovere dipende da quelli che sono gli effetti extraprocessuali della sentenza, nel senso che incombe maggiormente, laddove la pronuncia giudiziale produca effetti ordinatori.

Come noto, infatti, il giudice può adottare sentenze di merito⁵ (oltre quelle di rito) che possono acquisire la forza di giudicato esterno: sono queste ad assumere efficacia extraprocessuale, cioè al di fuori del processo, nella realtà materiale e sul terreno del diritto sostanziale, nel momento in cui vanno ad accertare una volontà di legge sostanziale⁶ e si pronunciano sulla situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio⁷.

³A TRAVI, (voce) *Giudizio di ottemperanza*, in *Enc. Treccani online*, 2013, p.1 ss.

⁴Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2019, p.385, il quale, nel richiamare l'art. 88, co. 1, c.p.a. circa il dovere per l'amministrazione di dare esecuzione alla sentenza del giudice amministrativo, precisa che tale dovere «ha una connotazione di ordine istituzionale, che contribuisce a definire il rapporto fra amministrazione e autorità giurisdizionale, e anche per questo aspetto trova riscontro nel principio espresso nell'art. 4 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo sul dovere dell'amministrazione di dare esecuzione alle pronunce del giudice civile».

⁵Cfr., sul punto, F. FRANCIOSI, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p.1025 ss.

⁶Cfr. C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, cit., p.545 ss., la quale affronta dettagliatamente la distinzione tra i vari tipi di sentenze, distinguendo, in particolare, quelle interlocutorie, definitive e non definitive e l'efficacia endoprocessuale o extraprocessuale delle sentenze strettamente legata all'oggetto dell'accertamento trasfuso in sentenza. Aggiunge anche un'ulteriore categoria, quelle dell'efficacia panprocessuale delle sentenze limitatamente a quelle rese dalla Corte di Cassazione sulle questioni di competenza e di giurisdizione che, chiaramente, non producono effetti nella realtà materiale, limitandosi all'accertamento di una volontà di legge processuale.

⁷A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 2019, p.380.

Nel giudizio amministrativo, tradizionalmente, la dottrina ha individuato, all'interno dell'efficacia extraprocessuale delle sentenze (di annullamento) di merito, differenti effetti: quello (tradizionale) costitutivo demolitorio, quello ripristinatorio e quello conformativo (o rinnovativo) strettamente legati all'azione costitutiva di annullamento proponibile dal ricorrente⁸. In sostanza, i tre tipi di effetti possono rintracciarsi nella sentenza tipica adottata dal giudice amministrativo che è quella di annullamento⁹.

Invero, l'effetto costitutivo demolitorio dell'atto impugnato è sempre presente nelle sentenze di annullamento e «*si produce in via del tutto automatica*»¹⁰, tanto da definire le stesse come sentenze auto-esecutive, nel senso che non richiedono il passaggio in giudicato per essere portate ad esecuzione, dal momento che, in quanto soddisfattive degli interessi del ricorrente, non richiedono alcuna ulteriore attività amministrativa per adeguare lo stato di fatto a quello di diritto¹¹. Esso consiste nella eliminazione dell'atto impugnato con efficacia, di regola, *ex tunc*, cioè dal momento in cui l'atto è stato adottato, con, da una parte, il «*ripristino automatico dell'assetto giuridico preesistente che non richiede alcuna attività da parte dell'amministrazione*»¹² e, di riflesso, dall'altra, il divieto a carico

⁸Cfr. E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2011, p.181 ss.

⁹Cfr., di recente, E. FOLLIERI, *La tutela del paesaggio culturale negata per la tesi sulla graduazione di ufficio degli effetti dell'annullamento*, in *Giur. It.*, Agosto – Settembre 2021, 1950, il quale afferma che «*l'azione di annullamento è tipica e gli effetti che produce, nel caso venga accolta dal giudice, sono di tre tipi: eliminazione dell'atto impugnato e dei suoi effetti ex nunc; decorrenza retroattiva degli effetti dell'annullamento e il c.d. effetto conformativo*».

¹⁰P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo, cit.*, p.321, la quale, sul punto, precisa che tale effetto è automatico nel senso che non necessita di alcun ulteriore annullamento da parte dell'amministrazione, «*il che riveste notevole importanza, perché dimostra come perlomeno questo effetto promana dalla sentenza e si esplica in forza della stessa, al di fuori di qualsiasi intervento amministrativo*». L'effetto eliminatorio, aggiunge l'A., «*riguarda, con sicurezza, soltanto l'atto amministrativo che sia stato investito dall'impugnativa e quelli strettamente consequenziali, mentre alla caducazione degli altri atti possono provvedere le autorità amministrative (ed i giudici che siano aditi con il ricorso contro di essi)*».

¹¹P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo, cit.*, p.117.

¹²P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo, cit.*, p.96.

dell'amministrazione di eseguire il provvedimento annullato o di continuarne l'esecuzione¹³.

A tale effetto, se ne aggiungono altri due¹⁴ (derivanti pur sempre dalla pronuncia amministrativa esecutiva, al di là della circostanza che sia passata in giudicato¹⁵) che arricchiscono la natura del giudicato amministrativo tradizionalmente solo di impugnazione o di annullamento¹⁶.

Trattasi dell'effetto ripristinatorio o retroattivo e dell'effetto ordinatorio che si snoda, a sua volta, in quello conformativo e preclusivo¹⁷ delle pronunce caducatorie: il primo consta nell'obbligo imposto dal giudice all'amministrazione soccombente di ripristinare la situazione di fatto e di diritto nella quale si trovava il ricorrente vittorioso prima dell'emanazione dell'atto dichiarato illegittimo in sentenza.

¹³Cfr. P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.96 che definisce tale effetto della sentenza a carico dell'amministrazione come un «effetto paralizzatorio nei confronti di un determinato tipo di attività amministrativa».

¹⁴Cfr., sul punto, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 2019, p.313, il quale rintraccia in tali effetti non un carattere «reale», proprio, invece della caducazione dell'atto prodotta dall'annullamento, ma un carattere «obbligatorio», dal momento che costituiscono a carico dell'amministrazione doveri di condotta.

¹⁵P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.98 ss., la quale, affrontando la questione della esecutività delle sentenze del giudice amministrativo e gli effetti dalle medesime prodotti, precisa, in primo luogo, che la portata del principio di esecutività delle sentenze amministrative non ancora passate in giudicato, non possa essere vanificato, al momento che devono colmare il «divario che sussiste fra il ricorrente vittorioso e l'amministrazione, che è titolare di una pubblica potestà, di fronte alla quale il privato resterebbe privo di tutela ove la sentenza del giudice amministrativo non fosse dotata di esecutività» e, in secondo luogo, che «non paiono sussistere differenze di fondo tra gli effetti che - esplicitandosi ex se o con l'intervento dell'amministrazione - promanano, rispettivamente, da una sentenza soltanto esecutiva e da una sentenza passata in giudicato».

¹⁶M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, p.279, il quale afferma che «il giudicato amministrativo sia più ricco di contenuti di quanto non risulti strettamente dalla natura di giudizio di impugnazione o di annullamento di questo processo. Se il nucleo centrale della sentenza amministrativa è l'eliminazione dell'atto impugnato, previo accertamento del diritto del ricorrente a provocare tale eliminazione, e quindi l'effetto principale di essa è l'effetto di eliminazione, la sentenza non esaurisce in ciò il suo contenuto e la sua funzione».

¹⁷P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.332, che in ordine all'effetto ordinatorio, distingue quello connotato da un «elemento meramente negativo, concretante una preclusione, ossia, di regola, un divieto dell'autorità amministrativa di riemanare il medesimo atto che è stato annullato dal giudice, con i medesimi vizi da lui riconosciuti» rispetto a quello con una «componente positiva», cioè la cd. *conformazione delle future attività amministrative*».

Effetto ripristinatorio che, salvo il verificarsi di sopravvenienze di fatto o il ricorrere di un interesse pubblico nuovo e preminente di segno opposto, soddisfa la pretesa del ricorrente, richiedendo un eventuale intervento dell'amministrazione teso al ripristino dello *status quo ante* l'adozione del provvedimento¹⁸. Eventuale, dal momento che non è escluso che anche tale effetto si produca in via automatica, ossia senza il «concorso di attività provvedimentali dell'amministrazione»¹⁹.

L'effetto ordinatorio di tipo conformativo e di tipo preclusivo consistono rispettivamente, invece, nell'obbligo imposto dal giudice nella motivazione della sentenza²⁰ e diretto all'amministrazione soccombente di uniformare la futura azione alle sue direttive²¹, tese a dare soddisfazione piena al ricorrente vittorioso e a vietare (qui è l'effetto preclusivo) che l'amministrazione reiteri l'atto inficiato dai vizi già stigmatizzati nella sentenza di annullamento, violando, così, il principio generale del *ne bis in idem*²². In questo senso, l'effetto preclusivo della sentenza è idoneo a limitare il riesercizio del potere amministrativo: «la preclusione relativa ai fatti accertati dalla sentenza trova un fondamento (non già nell'incontrovertibi-

¹⁸Cfr. P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.96 ss. che qualifica l'effetto ripristinatorio come positivo, dal momento che comporta un *facere* dell'amministrazione ma, al contempo, di portata non innovativa.

¹⁹P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.325. L'A. distingue, sul punto, l'effetto ripristinatorio «automatico» che assume dei connotati reali, nel senso che discendono direttamente dalla sentenza, ossia dal «carattere retroattivo dell'annullamento ad opera del giudice e si esplica propriamente sulla situazione giuridica, nonché su quelle conseguenze di fatti suscettibili di essere riportate ipso iure al pristino stato», a differenza dell'effetti ripristinatorio che richiede l'intervento dell'amministrazione che assume dei connotati «obbligatori», nel senso che il suo esplicarsi richiede «una qualche attività amministrativa, più o meno complessa. In tal caso riacquista rilievo l'effetto ripristinatorio dell'altro tipo, in quanto la restitutio in integrum è rimessa all'amministrazione».

²⁰Secondo M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p.1166, la motivazione che contiene l'effetto conformativo del futuro esercizio del potere amministrativo, acquisisce vera e propria forza precettiva.

²¹Cfr. A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi al giudicato*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962. Cfr. anche P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.97 che qualifica tali effetti come positivi e innovativi, dal momento che constano nell'«emanazione degli atti amministrativi idonei a creare un nuovo assetto di interessi congruente con i vincoli e le direttive che scaturiscono dalla pronuncia del giudice amministrativo».

²²M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018, p.785.

lità del giudicato, bensì) in un una regola inespressa che include l'accertamento contenuto nella sentenza, come fatto, tra i limiti del poteres»²³.

Le sentenze che producono tali effetti, quindi, non sono autoesecutive, dal momento che non si limitano ad annullare l'atto, ma possono anche proporre l'assetto degli interessi soddisfacente della situazione giuridica soggettiva (in particolare, quella pretensiva): in sostanza, il giudice amministrativo può, insieme all'annullamento dell'atto, spingersi anche a determinare le modalità di svolgimento della successiva azione da parte dell'amministrazione tenuta a dare esecuzione alla sentenza²⁴.

La sede in cui l'effetto viene stabilito è la motivazione della sentenza del giudice amministrativo che, pertanto, assume a un ruolo determinante e incisivo sul futuro comportamento che devono tenere le parti, tanto da connotare la pronuncia del giudice amministrativo. Quest'ultimo, infatti, in particolare nel giudizio impugnatorio, conclude la sentenza, in caso di accoglimento, con un dispositivo di mero annullamento dell'atto, rimettendo alla motivazione il compito di spiegare non solo e non tanto le ragioni della decisione, ma il profilo ricostruttivo e di riedizione del potere cui l'amministrazione è tenuta in esecuzione della sentenza medesima. In sostanza, in questa sede, la motivazione non si limita a indicare le ragioni che conducono alla soluzione della controversia, ma rappresenta essa stessa la soluzione²⁵.

Altro aspetto non meno rilevante attiene agli effetti delle sentenze del giudice amministrativo che sono per lo più proiettati sul futuro e non solo sul

²³M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p.32 ss. il quale richiama la dottrina che ha intravisto come limite al riesercizio del potere amministrativo dopo l'annullamento giustiziale dell'atto impugnato, il contenuto (dichiarativo o costitutivo) della sentenza del giudice amministrativo che "preclude", condizionandone il potere, la successiva azione amministrativa. Sul punto: cfr., G. DE GIORGI CEZZI, *Sulla "inesauribilità" del potere amministrativo (Nota a TAR PU Lecce sez. I 7 febbraio 2002, n. 842)*, in *Urb. e app.*, 2002, 8, p.958 ss.; F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.898 ss.; M. CLARICH, *Giudicato e potere*, cit., p.101 ss.; ID., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, *passim*.

²⁴E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p.187 ss.

²⁵Cfr. E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p.191.

passato²⁶. Nel primo caso, in ossequio al principio di certezza dei rapporti giuridici, garantiti dalla stabilità della questione oggetto del *decisum* giudiziale; nel secondo caso, come formula di equilibrio tra immutabilità della sentenza e il naturale mutamento dei rapporti giuridici e dell'ordinamento.

Infatti, la sentenza del giudice amministrativo emessa, al pari di tutte le pronunce giudiziali, per risolvere un caso concreto, è essenzialmente più delle altre proiettata sul futuro, soprattutto sulla successiva attività delle parti e in particolare su quella che andrà a svolgere l'amministrazione, connotata da un fisiologico dinamismo.

Questo avviene principalmente quando la sentenza di annullamento contenga affermazioni di natura conformativa o preclusiva²⁷, rivolti alla futura azione della p.a., a differenza degli altri effetti che possono contraddistinguere le sentenze del giudice amministrativo (gli effetti demolitori o ripristinatori) che guardano, invece, per lo più al passato²⁸.

2. I diversi rimedi processuali all'inesecuzione del giudicato amministrativo da parte dell'autorità amministrativa. Rimedi *preventivi*: la combinazione dell'effetto conformativo e dell'effetto preclusivo della pronuncia giudiziale del giudice amministrativo

Il breve inquadramento dei connotati del giudizio amministrativo e, in particolare, degli effetti delle sentenze adottate dal giudice amministrativo rappresenta la premessa necessaria per entrare nel vivo di una delle maggiori criticità che avvolgono la disciplina del giudicato amministrativo, ossia la scarsa propensione dell'amministrazione soccombente a conformarsi alle sentenze del giudice amministrativo.

È su questo aspetto che il presente contributo intende soffermarsi, offrendo qualche spunto di riflessione in ordine a eventuali rimedi sul piano pro-

²⁶F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.895 ss.

²⁷Cfr. I. RAIOLA, *Esecutività della sentenza ed efficacia preclusiva o conformativa* e A. ANGIULI, *Esecutività della sentenza ed efficacia conformativa o preclusiva. Profili introduttivi*, in F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p.291 ss. e p.319 ss.

²⁸M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche*, cit., p.783.

cessuale offerti dall'ordinamento al privato per scongiurare *ex ante* (ossia, già nell'arco del processo cognitorio) che accada tale situazione (rimedi preventivi) o, una volta verificatasi l'inadempienza, per ottenere *ex post* (a processo cognitorio conclusosi) tutela piena ed effettiva, senza tralasciare le eventuali conseguenze di tale condotta posta in essere dalle autorità amministrative (rimedi successivi). Rimedi che, chiaramente, si collocano al di là del giudizio di ottemperanza o del potere esercitato dal commissario *ad acta* o, sebbene di tutt'altra natura, degli effetti dello strumento processuale dell'*astreinte*, che rimangono sicuramente ancora di salvezza che il legislatore offre al privato, seppur con le loro indiscusse criticità.

Rimedi, ancora, che, tuttavia, non sono facilmente utilizzabili dal privato in quanto legati alla particolarità che connota le dinamiche del giudizio amministrativo (a cui si è già fatto cenno) di tipo fortemente impugnatorio e che, come detto, ricalcano a loro volta quelle del dialogo sostanziale tra privato e amministrazione.

Il potere giudiziario e la sentenza (che ne è manifestazione) si confrontano, infatti, inevitabilmente, con un altro potere dello Stato che è quello amministrativo, esternatosi nel provvedimento amministrativo, oggetto della impugnazione²⁹. In questo senso, alla imperatività attribuita al giudice nell'esercizio del potere giurisdizionale³⁰ si frappone quella riconosciuta tradizionalmente alla funzione pubblica, ontologicamente preposta al perseguimento di interessi pubblici e, proprio per questo, restia a subire interferenze da parte di un altro potere dello Stato.

²⁹Cfr. P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.201, la quale, nell'esaminare le tesi alla base dell'estendibilità al processo amministrativo di regole contenute in un testo normativo appositamente dettato per il processo civile (art. 324 c.p.c.) e per i rapporti (paritari) tra le parti coinvolte (art. 2909 c.c.), ritiene che «l'integrazione normativa eterosistemica si rileva prospettabile in modo, a mio avviso, molto più arduo ogni qualvolta si pretenda di adoperare questo mezzo relativamente ad argomenti che, pur inquadrabili nel diritto processuale, presentino profonde connessioni con l'ordinamento sostanziale: ed una siffatta commistione [...] ricorre al massimo grado – si potrebbe dire – riguardo ad un istituto quale il giudicato amministrativo».

³⁰F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.901.

L'obiettivo su cui si è concentrata la dottrina è stato proprio quello di conciliare il giudicato amministrativo con l'autonomia del potere amministrativo: la funzione (cassatoria) del giudice amministrativo, infatti, come autorevolmente sostenuto, «*si svolge non in confronto alla manifestazione di una funzione omogenea, come può essere il giudizio della Cassazione rispetto alla sentenza del giudice di merito, ma si esercita sull'espressione di un potere dotato per suo conto di imperatività*»³¹. Ne consegue che la sentenza del giudice amministrativo non ha efficacia diretta nei confronti della parte – amministrazione, ma si confronta con un potere “proprio e originario” che è quello esercitato dalla medesima amministrazione. Pertanto, da questa prospettiva, la sentenza rappresenterebbe un fatto che non limita né incide sul potere dell'amministrazione di emanare un nuovo provvedimento, costituendo «*un dato non trascurabile nel caso di riesercizio del potere amministrativo*»³².

Pertanto, la maggior parte degli studi dottrinali si è focalizzata nella comprensione dell'ambito di estensione (se minimo o ampio) del giudicato amministrativo rispetto al potere amministrativo, soprattutto nei confronti di quello che si manifesta in sede di riedizione a seguito della pronuncia del giudice (che sia di accoglimento o di rigetto). O viceversa, nel tentativo di individuare i margini di azione o i limiti (se esistenti) di azione dell'amministrazione nell'esercizio di un potere che si manifesta sia precedentemente che successivamente alla sentenza del giudice amministrativo.

Chiaramente, senza che venga trascurata la posizione che il ricorrente (anch'essa evolutasi nel corso del tempo) anela a ottenere - dal giudice o, successivamente alla pronuncia giudiziale, dall'amministrazione - soddisfazione piena della sua situazione giuridica soggettiva, nel pieno rispetto dei principi di effettività della tutela giudiziale; o, viceversa, la posizione dell'amministrazione che, proprio in quanto depositaria della cura concreta degli interessi pubblici, non potrebbe essere “ingabbiata” da una decisione dell'autorità giudiziaria che

³¹F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.901.

³²P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.217.

vada a bloccare o a condizionare l'esercizio continuo, dinamico e inesauribile della sua attività, definita da sempre fonte di una «energia libera»³³.

Il problema più significativo si è posto, senza dubbio, per la tutela degli interessi legittimi cd. pretensivi per la cui tutela - a fronte dell'eventuale rigetto da parte dell'amministrazione di adottare un provvedimento richiesto dal privato - diventa insufficiente e insoddisfacente l'azione di annullamento e la conseguente eliminazione del diniego del provvedimento amministrativo, dal momento che quest'ultima non consente al titolare dell'interesse legittimo pretensivo di ottenere soddisfazione piena della sua richiesta, consistente nel rilascio di un provvedimento ampliativo della sua sfera soggettiva.

In sostanza, diversamente dal cittadino che sia titolare di un interesse legittimo cd. oppositivo a cui è riconosciuta tutela piena dall'azione demolitoria, il cittadino, titolare, invece, di un interesse legittimo di tipo cd. pretensivo, non può godere di una eguale e piena tutela³⁴, dal momento che quest'ultimo «*ottiene soddisfazione soltanto dall'adozione dello specifico atto positivo*»³⁵.

È proprio per superare tali difficoltà e riconoscere tutela satisfattiva anche a questi tipi di interesse che il giudice si adopera fissando nella motivazione della sentenza costitutiva di annullamento il cd. effetto conformativo, cioè volto a «vincolare» l'azione dell'amministrazione soccombente in giudizio alle direttive esposte in sentenza³⁶.

Tale forma di «ingerenza» del giudice sul potere amministrativo ha acceso ancora di più il dibattito dottrinale intorno all'individuazione del parametro

³³M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 2002, p.283, il quale, sul punto, afferma che l'amministrazione sia «titolare di un potere che, per sua istituzionale natura, è energia sempre nuova e vitale pur dopo l'eliminazione dell'atto da parte del giudice amministrativo». Rappresenta il potere come energia «giuridica» anche E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, p.94 ss.

³⁴Cfr., E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, Chieti, Marino Solfanelli Editore, 1984, p.123, il quale, nell'approfondire la questione della tutela degli interessi legittimi pretensivi, constata che il giudizio di annullamento sicuramente non rappresenti uno strumento adeguato a dare soddisfazione a tali tipi di interesse legittimo.

³⁵E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.128.

³⁶M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., p.70 e p.75.

oggettivo del giudicato amministrativo rispetto al (successivo) (ri)esercizio del potere amministrativo.

Da una parte della dottrina, l'effetto conformativo è stato identificato come un *obbligo per la pubblica amministrazione di conformarsi al decisum giudiziale*³⁷, da intendersi come un obbligo per l'amministrazione di raggiungere come risultato l'assetto di interessi stabilito nel precetto giudiziale (sulla base dei motivi adottati da parte ricorrente), nelle modalità che ritiene più opportune tra le plurime vie possibili e percorribili, sebbene pur sempre conformi al contenuto del *decisum* giudiziale.

Interpretato in questo modo, l'effetto conformativo non consente al ricorrente di conseguire il bene della vita a cui aspira con l'instaurazione del giudizio amministrativo, ma, semplicemente, che ci sia corrispondenza, o meglio, coerenza tra il contenuto della sentenza e la successiva azione amministrativa, senza che sia totalmente vincolata al risultato processuale.

Sicuramente, così configurato, l'effetto si rintraccia principalmente nelle sentenze del giudice amministrativo aventi carattere costitutivo o dichiarativo, da cui nasce un mero e generico dovere di porre in essere da parte dell'amministrazione un altrettanto generico "fascio" di attività il più possibile conformi

³⁷Tra gli autori che si occuparono della portata del giudicato amministrativo, e in particolare dell'obbligo di conformazione alla sentenza del giudice amministrativo, cfr. A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, cit., p.16 ss. Lo stesso A. in *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, tenuto a Torino nel 1981, Milano, Giuffrè, 1983, p.320 ss., è portavoce di una tesi che ha distinto il dovere di adempimento delle statuizioni della sentenza amministrativo in due distinte figure, ossia nell'obbligo di eseguire il giudicato e nel dovere di darvi ottemperanza, o detto altrimenti, l'esecuzione in senso stretto e l'ottemperanza in senso stretto. Nello stesso senso anche E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.123 ss. il quale precisa che l'effetto conformativo della sentenza, «accanto all'eliminazione dell'atto amministrativo, alla ricostituzione della situazione precedente all'annullamento ed alla preclusione per la P.A. di rinnovare l'atto con gli stessi vizi per i quali è stato annullato, costituisce l'obbligo di conformazione per la P.A. la quale è, con la sentenza incanalata verso la futura (obbligata) azione». Cfr. anche A. ANDREANI, *Dispositivo e contenuto decisorio della sentenza amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p.464 ss.; F. BARTOLOMEI, *Il giudizio di ottemperanza con particolare riferimento all'adempimento del giudicato amministrativo*, in *Atti XXVII Convegno di Varenna* 1981, Milano, Giuffrè, 1983, p.345 ss.

all'assetto degli interessi disposto in sentenza³⁸, senza che possa sorgere alcuna pretesa azionabile in giudizio da parte del ricorrente.

Di diverso avviso è, invece, una seconda interpretazione dell'effetto conformativo che lo configura come *obbligo di esecuzione*³⁹ della sentenza del giudice amministrativo a carico dell'amministrazione. Così configurato, l'effetto è proprio delle sole sentenze di condanna a un *dare*, un *facere* o un *non facere* a carico dell'amministrazione che è, per l'appunto, vincolata a dare esecuzione al comando impartito dal giudice nella sentenza. In sostanza, si configura in capo all'amministrazione una posizione giuridica soggettiva di obbligo a cui corrisponde, dall'altra parte, una posizione giuridica soggettiva di vero e proprio diritto all'esecuzione della prestazione comandata in capo al ricorrente che potrà agire, anche tramite le vie giudiziarie, per ottenere l'esecuzione di quanto stabilito dal giudice.

Così costruito l'effetto conformativo del giudicato ha sicuramente il merito di vincolare maggiormente la futura azione amministrativa e, quindi, di ampliare il raggio di incidenza del giudicato tanto da renderlo più intangibile, perché meno cedevole, rispetto all'esercizio dell'azione amministrativa, sebbene, tuttavia, si basi su caratteri (quelli della necessarietà, specificità, immediatezza ed attualità⁴⁰, attribuiti alla relazione di consequenzialità tra giudicato e dovere

³⁸S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.111.

³⁹A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, cit., p.46 ss.

⁴⁰Secondo A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, cit., p.55 ss. tale interpretazione si basa essenzialmente sul «carattere necessario, specifico, immediato e attuale della [rapporto di] consequenzialità tra il giudicato e l'«obbligo» dell'amministrazione». Caratteri che sono strettamente legati l'uno all'altro: la «necessarietà» della relazione tra giudicato e (successiva) azione amministrativa, infatti, sta a significare il dovere per l'amministrazione di porre in essere tutti gli atti giuridici e tutte le operazioni in presenza della situazione di diritto affermata dal giudicato; per «specificità» che collega l'obbligo (di esecuzione a carico dell'amministrazione) al giudicato, si intende la necessità di realizzare in concreto gli atti e le operazioni contenute nella pronuncia del giudice; l'«immediatezza» sussiste solo quando, nel rapporto che si sta esaminando tra giudicato e potere, il giudicato costituisca non semplicemente un presupposto, ma il fatto determinante e, pertanto, vincolante, alla base della successiva azione amministrativa; infine, per «attualità» si intende la «tempestività» con cui l'amministrazione debba conformarsi al giudicato al fine di eliminare lo stato di illegittimità accertato dal giudice e di evitare che possa essere trasgredito, nel momento in cui l'esecuzione sia protratta in un arco temporale successivo (all'emanazione della sentenza medesima). Cfr.,

di ottemperanza) di incerta determinazione o meramente tautologici⁴¹. Esso si confà prevalentemente alle sentenze di condanna, non già a quelle costitutive di annullamento che sono, tuttavia, quelle di gran lunga adottate dal giudice amministrativo.

Proprio per tale ragione, il primo orientamento è stato maggiormente seguito, dal momento che attiene precipuamente alle pronunce tipiche adottabili dal giudice amministrativo, ossia quelle costitutive di annullamento

Le ricostruzioni dogmatiche incentrate sull'effetto conformativo convergono comunque su un aspetto: all'effetto conformativo si accompagna ontologicamente il riesercizio del potere da parte dell'amministrazione che nel pieno del suo potere potrebbe soddisfare la pretesa sostanziale del ricorrente (titolare di un interesse pretensivo) adottando il provvedimento da lui agognato oppure, potrebbe anche adottare un nuovo provvedimento o riadottare il medesimo provvedimento (con una motivazione diversa⁴² rispetto a quella dell'atto inizialmente impugnato ed annullato dal giudice) che non dia soddisfazione alcuna al ricorrente che, pertanto, si ritroverebbe costretto a impugnare un'altra volta il nuovo atto in un meccanismo che potrebbe non avere mai fine.

sul punto, S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.115 che, riprendendo il pensiero di Sandulli, precisa che «a contrario, qualora la successiva attività amministrativa non trovasse il suo fondamento nell'intervenuto giudicato ma in elementi esterni a esso, allora la relazione di collegamento fra i due "poli" del rapporto in esame s'interromperebbe e l'attività amministrativa conseguente fuoriuscirebbe dall'ambito doveroso dell'"obbligo di conformarsi" per rientrare nei tradizionali moduli dell'azione istituzionale degli apparati amministrativi».

⁴¹M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p.49 ss.

⁴²Sul punto, cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p.35, il quale, nella ricostruzione delle teorie atte ad individuare dei limiti alla riedizione del potere, dopo la sentenza di annullamento dell'atto, richiama quella sostenuta da F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi Editore, 1911, p.301 ss. e A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, Morano Editore, 1963, p.54 ss. che fa leva sulla sussistenza di plurimi «titoli giuridici» alla base dell'azione amministrativa. L'A., riprendendo tale teoria, sostiene che «l'accoglimento di uno solo dei motivi è sufficiente per ottenere l'accoglimento del ricorso e l'annullamento del provvedimento. Ma ciò che viene accertato con efficacia di giudicato è soltanto l'esistenza del titolo giuridico contestato con il motivo accolto. Il giudicato, quindi, non preclude l'emaneazione di un nuovo atto del medesimo contenuto, se questo sia fondato su un altro "titolo" eventualmente preesistente». Sulla motivazione del provvedimento, cfr., *ex multis*, F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, commento art. 3 legge 241/90, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p.373 ss.

L'accertamento contenuto nella sentenza di annullamento del giudice passata in giudicato, infatti, non riguarda il provvedimento annullato (e il rapporto in esso sotteso) nel suo complesso, ma attiene unicamente ai vizi di legittimità denunciati nei motivi esposti nel ricorso da parte del ricorrente: ne consegue che, da una parte, l'amministrazione possa riesercitare il medesimo potere anche adottando un provvedimento di uguale contenuto ma fondato su presupposti diversi rispetto ai vizi già accertati dal giudice nella sentenza demolitoria; dall'altra, il ricorrente si veda costretto a riproporre il ricorso avverso il provvedimento del medesimo contenuto.

In altri termini, gli effetti della sentenza di annullamento, soprattutto quando va a tutelare interessi legittimi di tipo pretensivo, non si esauriscono nella mera eliminazione dell'atto, ma si pongono come presupposto per la realizzazione in concreto di un assetto di interessi nella medesima stabilito che non può che essere di competenza dell'amministrazione. In questo senso, l'amministrazione può riesercitare o, meglio, esercitare nuovamente il potere (già manifestato con il provvedimento annullato)⁴³, potendo sia accordare tutela al ricorrente sia negandogliela nuovamente.

Da questa prospettiva si coglie una estensione molto ridotta del giudicato amministrativo nei confronti del potere amministrativo, soprattutto in sede di riedizione, dal momento che viene scarsamente limitato dal risultato processuale.

Così configurato, infatti, il giudicato non determina alcuna preclusione rispetto all'esercizio del potere amministrativo, dal momento che esso attiene all'accertamento della concreta lesione dell'interesse legittimo nel rapporto tra cittadino e amministrazione, senza alcuna limitazione rispetto a un potere amministrativo «nuovo, che trova fondamento in fatti costitutivi diversi dall'esercizio preceden-

⁴³Cfr. A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, cit., p.46; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, p.595 ss.

te, ma non comporta preclusioni, di regola, neppure a un "riesercizio" dello stesso potere, ossia all'esercizio che trova fondamento nei medesimi fatti costitutivi del primo»⁴⁴.

Questa interpretazione "soffre", tuttavia, del retaggio storico che qualifica, da una parte, il rapporto tra amministrazione e privato impostato nei termini di supremazia e autorità della parte pubblica nei confronti dei cittadini, dall'altra parte, il giudizio amministrativo dalla sola natura impugnatoria, ossia incentrato essenzialmente sull'annullamento dell'atto impugnato dal ricorrente⁴⁵, non già sull'accertamento del sotteso rapporto esistente tra amministrazione e cittadino⁴⁶.

Infatti, appare abbastanza chiaro che fintanto che il giudizio amministrativo e il giudice amministrativo considerino prevalente l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico a cui è preposta l'amministrazione nell'esercizio del suo potere e l'effetto conformativo come l'obbligo a carico dell'amministrazione di conformarsi (nelle modalità in cui ritiene) alla sentenza del giudice amministrativo, il giudicato non potrà che connotarsi come cedevole e tangibile. In sostanza, la prevalenza della tutela dell'interesse pubblico sul giudicato amministrativo, la cui cura giustifica l'assenza di regole intangibili da parte dell'amministrazione quand'anche fissate da una sentenza del giudice amministrativo, è stretta-

⁴⁴A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., p.927, il quale precisa che «neppure estendendo la portata dell'accertamento alla lesione dell'interesse legittimo, il giudicato sull'atto si trasforma in un giudizio sul *cd. rapporto*». Detto altrimenti, riprendendo quanto sostenuto da tale dottrina, l'impugnazione di un provvedimento non va a riconoscere né ad attribuire un bene della vita, dal momento che va solamente ad inserirsi nelle vicende di un rapporto potere amministrativo – interesse legittimo che non si conclude. In sostanza, l'accertamento contenuto nel giudicato va solamente ad orientare e condizionare l'esercizio successivo del potere, senza determinarne l'esaurimento.

⁴⁵Cfr. R. LASCHENA, *La rinnovazione dell'atto amministrativo annullato e la sua impugnazione avanti al Consiglio di Stato*, in *Studi in onore di Antonino Papaldo*, Milano, Giuffrè, 1975, p.433 s.; C. CALABRÒ, *Pronuncia completa e satisfattoria del giudice amministrativo*, in *Il processo amministrativo*, Scritti in onore di Giovanni Miele, Milano, Giuffrè, 1979, p.117 ss.; F. MERUSI, *Verso un'azione di adempimento?*, in AA.VV., *Il processo amministrativo*, Scritti in onore di Giovanni Miele, Milano, Giuffrè, 1979, p.331 ss.

⁴⁶Sul punto, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p.54, sintetizza le posizioni dottrinali esaminate, in particolare quella di Sandulli e Benvenuti, sostenendo che sia la concezione di Sandulli sia quella (più restrittiva) di Benvenuti sembrano dimostrare come «la teoria del giudicato amministrativo premiasse il dinamismo e il fluire dell'azione amministrativa, molto più che l'esigenza di stabilità e di certezza in ordine alle controversie tra privato e pubblica amministrazione: privilegiasse in definitiva la posizione di supremazia dell'amministrazione nei confronti del cittadino».

mente collegata a una visione oggettiva del giudizio amministrativo, limitato alla caducazione dell'atto sulla base dei vizi di legittimità sollevati in giudizio dal ricorrente. Il giudice amministrativo, pertanto, non si spinge (e non può spingersi, d'altra parte, perché impossibilitato) ad accertare le modalità del corretto ri-esercizio del potere amministrativo e a vincolare la futura azione dell'amministrazione "limitata" solo a conformarsi al dettato giudiziale (nella misura innanzi esposta), senza che dismetta il ruolo di depositaria dell'interesse pubblico che la guida nell'esercizio di un potere (anche e soprattutto discrezionale) che, proprio per tale caratteristica, opera sempre dinamicamente su una realtà in continuo movimento. Tutto questo avviene chiaramente a discapito del cittadino che ricorre al giudice amministrativo, ma non ottiene una tutela piena ed effettiva delle posizioni giuridiche soggettive vantate in giudizio.

A meno che, tuttavia, all'effetto costitutivo e (eventualmente) a quello conformativo non si accompagni anche l'effetto preclusivo che, invece, impedisce all'amministrazione di rideterminarsi nello stesso modo e nello stesso contenuto dell'atto, nonché con gli stessi vizi per i quali l'atto è stato annullato, rendendo, altresì, immutabile il rapporto sostanziale fra le parti nei limiti della permanenza dei presupposti materiali⁴⁷. In questo modo, l'effetto preclusivo rappresenterebbe un "limite alla discrezionalità" per l'amministrazione, in sede di riedizione del potere in attuazione del precetto giudiziale, che non le impedirebbe, comunque – conducendo il discorso all'estremo - di riemanare l'atto (appena) annullato dal giudice amministrativo con gli stessi vizi (accertati nel processo concluso) e, quindi, di rinnovarsi completamente, esercitando un potere del tutto nuovo e diverso anche agli occhi del giudice⁴⁸ che si è già espresso sul punto⁴⁹.

⁴⁷F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.893.

⁴⁸S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.137 ss.

⁴⁹Sul punto, F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.901 ha affermato che «la preclusione non sia conseguentemente definitiva di per se stessa rispetto alla fattispecie sostanziale e processuale successiva alla sentenza: non toglie il potere dell'amministrazione di provvedere nuovamente e al giudice di decidere nuovamente, ma interpone un elemento che non può essere trascurato».

F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, cit., p.901 ss.

In questo senso, l'effetto preclusivo della sentenza del giudice amministrativo potrebbe rappresentare uno dei vincoli (insieme ad altri), o meglio un "fatto"⁵⁰ che l'amministrazione debba considerare nel successivo esercizio del potere di attuazione in concreto del precetto giudiziale.

Effetto preclusivo che, pertanto, rappresenta il momento di sintesi e intersezione tra la funzione amministrativa e quella giurisdizionale, dove la prima è subordinata alla seconda, dal momento che l'autorità giudiziaria va a indicare alla autorità pubblica nella sua decisione le modalità di applicazione del precetto normativo al caso concreto⁵¹, vincolandola da eventuali possibili revisioni o dal giudicare nuovamente *de eadem re*.

In queste ipotesi, appare chiaro che ad assumere rilevanza per il ricorrente è la combinazione dell'effetto preclusivo e conformativo che diverrebbero insieme strumento utile a porre fine a un circolo vizioso di "botta e risposta" tra giudice (adito dal ricorrente) e amministrazione, tra processo e procedimento, di cui a pagarne le conseguenze è soprattutto il ricorrente.

Ad evitare tale paradosso, pertanto, diventa fondamentale e auspicabile quantomeno che il giudice adotti una sentenza ad effetto conformativo e preclusivo, dal contenuto e dalla motivazione particolarmente dettagliati e stringenti per l'amministrazione soccombente. Solo così, potrebbe trovare soddisfazione piena il ricorrente senza incorrere in questa defatigante e inconcludente alternanza tra procedimento e processo.

L'effetto conformativo e insieme preclusivo dell'annullamento giudiziale del provvedimento impugnato, infatti, quantomeno impedirebbero all'amministrazione di adottare un atto affetto dal vizio corrispondente al motivo di ricor-

⁵⁰Cfr., sul punto, G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2003, *passim*.

⁵¹S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, *cit.*, p.124 che, sul punto, precisa che «se a un giudice fosse consentito modificare più volte la regola del caso di specie, egli stesso diverrebbe "legislatore" attraverso un'opera di modifica della vita "concreta" stessa dei precetti da applicare in funzione del proprio arbitrio, con ogni ovvia conseguenza deteriore in punto di stabilità complessiva dell'ordinamento».

so accolto dal giudizio, senza che si vada oltre questo⁵². In sostanza, al di fuori e al di là del vizio del provvedimento dedotto nei motivi di ricorso e accolto dal giudice alla base della sua pronuncia, l'amministrazione può riesercitare il potere senza alcun limite, tanto da essere legittimato anche ad adottare un provvedimento di medesimo contenuto rispetto all'atto impugnato, incentrandolo, però, su diverse ragioni o fatti costitutivi. In questo modo, l'amministrazione non viola il giudicato e continua a esercitare normalmente il suo potere.

Al contrario, se il “nuovo atto” (*rectius*, un atto diverso dal primo), frutto dell'(ri)esercizio del potere, riproducesse il vizio accertato dalla sentenza di annullamento, si porrà sicuramente in contrasto con il giudicato, determinando il verificarsi delle conseguenze *ex lege*.

Tuttavia, la combinazione dei due effetti sebbene sia una strada percorribile, non è ancora totalmente soddisfacente, nel senso che riconosce al privato nei confronti dell'amministrazione sì una tutela, ma cd. frazionata, ossia ripartita in tanti giudizi successivi «*quanti son necessari per contestare i singoli aspetti dell'azione amministrativa, centellinati dall'Amministrazione – per ragioni di economia e di calcolo, non importa – in varie manifestazioni successive*»⁵³, essendo ancora lontano dalla possibilità di una valutazione globale, da parte del giudice amministrativo, del rapporto potestà-interesse, più conforme ai canoni di effettività sanciti dall'art. 24 della Costituzione.

2.1. (segue): il rafforzamento dell'effetto conformativo della pronuncia del giudice amministrativo

La dottrina⁵⁴ (soprattutto dagli anni Ottanta del secolo scorso) tentò di superare le limitazioni innanzi richiamate, nell'ottica di cogliere degli strumenti volti a consentire all'effetto conformativo⁵⁵ di attribuire maggiore tutela al tito-

⁵²M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p.45.

⁵³G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, III, p.484 ss.

⁵⁴Cfr., E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.122 ss. e P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p.3 ss.

⁵⁵ Sui limiti dell'effetto “rinnovatorio” della sentenza di annullamento, cfr. A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, Relazione per il convegno d'autunno dell'Associazione dei

lare di interesse legittimo pretensivo, il quale non anela solamente ad ottenere un provvedimento amministrativo dall'amministrazione, ma a conseguire quel determinato provvedimento a lui favorevole⁵⁶.

In tale prospettiva, la dottrina più avveduta⁵⁷, ha individuato quattro condizioni che, se contestuali, consentono al giudice sia di conoscere e di addentrarsi nel potere amministrativo già esercitato sia di fissare il limite nella fase di riedizione del potere, successiva al giudizio.

Tali condizioni consentirebbero di ampliare gli effetti conformativi del giudicato amministrativo e, quindi, di tracciare l'esatto perimetro dell'obbligo conformativo derivante dalle statuizioni contenute nelle sentenze ottemperande, al fine di offrire tutela soddisfattiva al ricorrente titolare di un interesse pretensivo.

È bene anticipare, invero, che tali condizioni concernono, in primo luogo, le modalità con cui l'amministrazione ha manifestato il suo potere tramite il provvedimento oggetto di impugnazione da parte del titolare dell'interesse legittimo pretensivo e, in secondo luogo (direttamente collegate), le modalità con cui il giudice decide, a sua volta, sulla base dei motivi e vizi dell'atto impugnato, adottati nel ricorso da parte del ricorrente.

In altri termini, le condizioni attengono sia a profili squisitamente sostanziali attinenti, ossia, alle modalità con cui l'amministrazione abbia esercitato il suo potere trasfuso nel provvedimento lesivo dell'interesse legittimo pretensivo, sia ad aspetti esclusivamente processuali relativi, cioè, al grado di incidenza della decisione giudiziale sul successivo (ed eventuale) potere amministrativo. Chiaramente più l'amministrazione manifesterà le ragioni di fondo che l'abbia-

Giudici amministrativi tedeschi, italiani, francesi, tenutosi a Milano, il 7 ottobre 2011, in www.osservatorioappalti.unin.it.

⁵⁶Cfr., E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.125, il quale precisa che la sentenza dovrebbe «contenere accertamenti tali da risultare, come via obbligata per l'ulteriore azione amministrativa, l'emanazione dello specifico provvedimento positivo soddisfattivo dell'interesse del ricorrente».

⁵⁷E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.125 ss., parla di «fattori» o «elementi, la cui combinazione è volta a riconoscere soddisfattività agli interessi legittimi pretensivi».

no portata ad autodeterminarsi (in senso negativo) nei confronti della pretesa del titolare dell'interesse legittimo pretensivo, più si consentirà a quest'ultimo di proporre al giudice un ricorso esaustivo di tutti (o quanto meno della maggior parte) i vizi dell'atto impugnato. A sua volta, ciò consentirà di ottenere dal giudice un sindacato più penetrante nei confronti del successivo potere dell'amministrazione e, quindi, un giudicato con margini di intangibilità più evidenti e tali da renderlo idoneo a soddisfare il ricorrente, a fronte dell'eventuale riesercizio di un potere amministrativo che gradualmente si potrebbe andare ad esaurire⁵⁸.

Due relazioni che sono, pertanto, incentrate su tre soggetti differenti: la prima tra l'amministrazione e il titolare dell'interesse legittimo, ossia tra l'amministrazione nell'esercizio del suo potere trasfuso nel provvedimento amministrativo impugnato e il ricorrente che imposta il suo ricorso; la seconda tra ricorrente e giudice, ossia tra l'oggetto della domanda avanzata dal ricorrente nonché i motivi in essa addotti e la pronuncia del giudice (relazione quest'ultima che richiama, in sostanza, il principio dispositivo che innerva il processo amministrativo).

In definitiva, per ottenere un effetto conformativo della decisione giudiziale davvero stringente nei confronti della successiva azione amministrativa, occorre il concorso favorevole di fattori sia oggettivi sia soggettivi; in particolare «devono, per così dire, lavorare nella stessa direzione: l'amministrazione, il ricorrente, il giudice e il legislatore»⁵⁹.

In particolare, è necessario che l'amministrazione adotti un provvedimento espresso di diniego, in cui manifesti tutti i motivi che l'hanno condotta a negare la *utilitas* o la *res* a cui aspira il titolare dell'interesse legittimo pretensivo. In questo modo, l'effetto conformativo è più penetrante, se al giudice è consentito conoscere il percorso decisionale dell'amministrazione e questo avviene

⁵⁸Cfr., più di recente, S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.284.

⁵⁹E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Profili ricostruttivi, con riferimento al d. lvo 31 marzo 1998 n. 80*, in E. PICOZZA, G. PALMA, E. FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Trattato diretto da G. SANTANIELLO*, Padova, Cedam, 1999, p.161.

quando l'amministrazione adotti un provvedimento espresso, nel quale indichi esaustivamente tutti i motivi che l'hanno portata a negare il provvedimento anelato⁶⁰.

Andando ad esaminare nel dettaglio le condizioni a cui si è fatto riferimento: la prima condizione è strettamente legata all'agire dell'amministrazione che esprima chiaramente nel provvedimento le ragioni di fatto e di diritto del suo percorso decisionale. Condizione che, è, invero, rimessa alla sola facoltà dell'amministrazione, sebbene siano ormai introdotte disposizioni legislative concernenti alcuni oneri preclusivi a carico dell'amministrazione. Il riferimento è chiaramente alla legge n. 241 del 1990, che in forza di continui interventi legislativi correttivi della materia, da ultimo con i cd. decreti semplificazione del 2020 e 2021, ha imposto all'amministrazione il rispetto di diversi obblighi nell'arco del procedimento.

⁶⁰Ne consegue, da una parte, che il mero silenzio significativo dell'amministrazione non soddisfa questa condizione a fronte del quale il ricorrente non può che limitarsi a chiedere al giudice di annullare il comportamento inerte dell'amministrazione e condannare l'amministrazione a provvedere (ma non a provvedere nel senso a lui favorevole). Soprattutto nelle ipotesi di silenzio rifiuto, impugnato dal ricorrente, il giudice amministrativo può adottare una pronuncia dichiarativa nei confronti dell'amministrazione (che, pertanto, è tenuta a determinarsi) senza stabilire, però, il contenuto del provvedimento che dovrà adottare. In sostanza, il giudice amministrativo adotta una sentenza dichiarativa inerente il dovere di pronunciarsi: in questo modo, l'amministrazione può adottare qualsiasi atto (quindi, si ottempera al dettato giudiziale) e mantiene intatto il suo potere di provvedere che non ha, in realtà, ancora esercitato.

Dall'altra, che tutto è essenzialmente riconducibile alle modalità in cui l'amministrazione, esercitando il potere, manifesti tutte le ragioni alla base del suo percorso decisionale, tanto da divenire un appiglio utile al giudice per adottare l'effetto conformativo nella sentenza. Cfr., *ex multis*, F.G. COCCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971, *passim* e A.M. SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio – inadempimento della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p.169 ss. e E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, *cit.*, p.126, il quale precisa come l'interesse pretensivo venga sacrificato sia nell'ipotesi in cui la p.a. adotti un provvedimento negativo, sia nell'ipotesi in cui la p.a. non emani alcun provvedimento: «L'inerzia della P.A. ed il comportamento puramente omissivo che non si formalizzi in alcun atto impedisce la soddisfazione dell'interesse legittimo e, attraverso la (necessaria, per l'esigenze processuali) costruzione della figura del silenzio – rifiuto, è consentito al titolare dell'interesse legittimo di produrre ricorso al giudice amministrativo». Sempre E. FOLLIERI, *op. ult. cit.*, p.127, il quale, sul punto, precisa che «Questo giudizio, però, non consente l'esame di un provvedimento amministrativo e dei suoi vizi e, comunque, il giudice amministrativo, quando la P.A. non provveda ed il ricorrente impugni il silenzio, afferma l'inadempimento dell'Amministrazione resistente e, quindi, l'obbligo per quest'ultima di provvedere, ma non detta alcun criterio per la successiva azione amministrativa, non fissa, in alcun modo il contenuto del provvedimento che la P.A. deve adottare».

Strettamente connessa alla prima è la seconda condizione (sicuramente la più importante), legata al tipo di potere che viene esercitato dall'amministrazione, di cui è manifestazione il provvedimento impugnato dal titolare dell'interesse legittimo pretensivo: soltanto un provvedimento amministrativo che non sia discrezionale consente un sindacato forte da parte del giudice amministrativo mediante una sentenza di annullamento dell'atto negativo che vada a soddisfare a pieno il titolare dell'interesse legittimo pretensivo.

A tal proposito, la dottrina⁶¹ tradizionalmente individuava una stretta dipendenza tra il "vincolo" imposto dal giudicato di annullamento alla forma di potere (se discrezionale o vincolato) esercitato dall'amministrazione e il tipo di vizio invalidante l'atto. In sostanza, a seconda del tipo di potere e della tipologia di vizio, tale dottrina distingueva tre ipotesi di esercizio del potere e di eventuali vizi; ipotesi che sono a tutt'oggi condivisibili perché ancora attuali: 1) un effetto della pronuncia (giudiziale) vincolante, pieno e diretto, nell'ipotesi di assenza totale dei presupposti soggettivi e oggettivi, previsti dalla norma, legittimanti l'esercizio del potere amministrativo; 2) un effetto semipieno, laddove il vizio attenga profili discrezionali dell'atto che non precludono l'amministrazione dal conservare il potere (discrezionale) e dal riesercitarlo anche nel senso di rinnovare il provvedimento, espunto dal vizio invalidante; 3) un effetto cd. secondario o strumentale del giudicato che si produce nel momento in cui la sentenza annulli l'atto per vizi meramente formali. In quest'ultimo caso, l'eliminazione dei vizi formali non assume alcun peso sul contenuto di un nuovo atto che l'amministrazione potrebbe adottare nel pieno riesercizio del potere che, pertanto, non è né esaurito, né limitato dal giudicato.

⁶¹M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 2002, p.315 ss.

In definitiva, è assolutamente determinante il tipo di potere esercitato dall'amministrazione che, se discrezionale⁶², inevitabilmente ridurrà i margini di ampiezza del sindacato giurisdizionale e, quindi, gli effetti del giudicato⁶³.

La terza condizione, a cui in parte si è già fatto riferimento, attiene ai motivi del ricorso proposto dal ricorrente che ritiene di aver subito un *vulnus* dal diniego dell'amministrazione⁶⁴. Come suggerito, infatti, «*la regola conformativa derivante dal giudicato è commisurata sul motivo di ricorso accolto*»⁶⁵ il che si allinea all'onere a carico del ricorrente di formulare tutti i motivi di ricorso valutabili dal giudice⁶⁶.

Invero, diviene assai importante quest'ultimo profilo, ossia la modalità con cui il ricorrente vada a formulare tutti i motivi di ricorso, nel senso che il ricorrente dovrà prestare attenzione a sollevare, soprattutto, la sussistenza di vizi sostanziali, non già di vizi formali, secondo le suggestioni poc'anzi accennate.

L'annullamento di un provvedimento perché inficiato da vizi formali, infatti, non consentono al ricorrente di conseguire la sicura soddisfazione della sua posizione di interesse legittimo pretensivo, ma soltanto, come è stato sostenuto⁶⁷, una *spes*: quelli formali, infatti, sono vizi che non rilevando sul piano sostanziale del contenuto del provvedimento e sull'assetto degli interessi in esso previsto, non consentono al giudice amministrativo di fissare l'effetto confor-

⁶²Cfr., *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p.463 ss.

⁶³Cfr. E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.131, secondo cui «*sul potere discrezionale, l'effetto conformativo della sentenza potrà essere meno incisivo, soprattutto quanto maggiore è il margine di discrezionalità dell'Autorità amministrativa*».

⁶⁴Per E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.128, nella disamina degli elementi volti a soddisfare gli interessi pretensivi, trattasi del secondo elemento analizzato che riguarda, per l'appunto, il ricorrente ed i motivi addotti a sostegno dell'illegittimità del provvedimento impugnato.

⁶⁵M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p.45.

⁶⁶Il modello processuale amministrativo trasla sul ricorrente e sui suoi "oneri introduttivi", ossia il ricorso e i motivi aggiunti, «*la capacità espansiva del giudizio di legittimità verso la massima cognizione dell'attività amministrativa*»: cfr., S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.167 e nota 170, in cui richiama M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., p.1171.

⁶⁷E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.129.

mativo consistente nell'obbligo per la amministrazione di emanare il provvedimento soddisfacente del ricorrente, titolare dell'interesse legittimo pretensivo.

Le norme sostanziali, invece, sono proiettate al futuro esercizio del potere amministrativo e la loro violazione diviene determinante se sollevata dal ricorrente per ottenere dal giudice (con maggiore probabilità) un effetto conformativo stringente⁶⁸.

D'altro canto, in questa prospettiva, si è mosso anche il legislatore, quando, già ormai dal 2005, ha introdotto nella legge n. 241/1990, l'art. 21- *octies* sull'annullabilità del provvedimento amministrativo che ha dequotato espressamente i vizi formali inficianti il provvedimento amministrativo⁶⁹.

La quarta condizione attiene proprio al ruolo del giudice a cui è consentito adottare, sulla base dei motivi di ricorso sollevati dal ricorrente (a loro volta connessi alle modalità di svolgimento dell'azione da parte dell'amministrazione, come già sottolineato), una sentenza ad effetto conformativo stringente nei confronti del successivo esercizio del potere amministrativo, «*adoperando in maniera più o meno ampia i poteri decisori a lui spettanti*»⁷⁰.

Nel momento in cui il giudice esamina tutti i motivi di ricorso e, quindi, vada a sindacare ed esprimersi su tutti gli elementi della fattispecie⁷¹, è altamen-

⁶⁸E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.129, il quale, sul punto, precisa che il ricorrente debba «*impostare il ricorso con riferimento precipuo ai vizi di legittimità che incidano sul futuro esercizio del potere autoritativo e consentano al magistrato di fissare il principio della successiva adozione del provvedimento favorevole: l'obbligo della conformazione riflettente il contenuto dell'adottando provvedimento può affermarsi quando siano dedotte violazioni delle norme sostanziali e non di quelle strumentali: queste ultime consentono l'annullamento del provvedimento negativo, ma nulla dicono circa il contenuto del successivo atto amministrativo*».

⁶⁹Cfr., *ex multis*, E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e App.*, 2005, 6, p.625 ss. e V. FANTI, *La 'nuova' comunicazione nel procedimento amministrativo*, in *Urb. e App.*, 2005, 11, p.1252 ss.

⁷⁰P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.356, la quale precisa che «*la concreta attitudine prescrittiva della sentenza dipende, a sua volta, da varie circostanze, fra le quali: la materia in cui si verte e quindi il tipo di normazione che la disciplina; la latitudine della domanda che era stata rivolta al giudice, e quindi l'ambito dei motivi di ricorso prospettatigli; il modo in cui il giudice medesimo ritiene di redigere la propria pronuncia, adoprando in maniera più o meno ampia i poteri decisori a lui spettanti*». Su quest'ultimo profilo, l'A. afferma che esso attiene a una scelta completamente autonoma del singolo giudice.

⁷¹Cfr. A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, cit., p.8, secondo cui «*Il giudice amministrativo deve poter conoscere ed accertare tutti i profili dell'azione amministrativa che siano rilevanti da un punto di vista giuridico*» e aggiunge che «*l'accertamento deve poter riguardare tutti i fatti, storici o*

te probabile che si possano ridurre gli spazi residui lasciati all'amministrazione nell'eventuale riesercizio del suo potere in esecuzione del giudicato⁷².

Solo operando in questo modo e, quindi, non utilizzando la tecnica distorsiva dell'assorbimento dei motivi⁷³, il giudice, o meglio, il giudicato, potrebbe vincolare l'amministrazione, dando piena soddisfazione al ricorrente titolare di un interesse pretensivo⁷⁴.

materiali, rilevanti per l'azione amministrativa. L'accertamento dei fatti, nel nostro ordinamento, non è mai oggetto di riserva all'amministrazione: di conseguenza, il giudice, quando un fatto sia controverso, deve poterlo conoscere. Riservare all'amministrazione la ricostruzione dei fatti equivale ad amputare di una componente fondamentale il sindacato di legittimità, dato che la legge ancora sempre il potere amministrativo a condizioni specifiche di fatto. D'altra parte, la terzietà del giudice, oggi richiesta anche dall'art.111 Cost., è incompatibile con l'assegnazione di un peso preferenziale all'accertamento dei fatti compiuto dall'amministrazione».

⁷²Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2019, (Il principio di specificità dei motivi di ricorso ex art. 40, co. 1, lett. d), c.p.a. onera la parte ad indicare in modo puntuale i vizi da cui sarebbe affetto l'atto impugnato: vizi che nel giudizio di ottemperanza sono limitati alla nullità per violazione o elusione del giudicato.) e Cons. Stato, ad. plen. 9 giugno 2016, n. 11, secondo cui l'obbligo di esecuzione del giudicato da parte dell'amministrazione «non incide sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato».

⁷³Cfr., sul punto, in senso critico nei confronti di tale tecnica, cfr. E. GUICCIARDI, *L'art. 27 n. 4 e il giudicato amministrativo*, cit., p.107; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., passim; B. CAVALLO, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, Pubblicazioni dell'Università degli Studi G. D'Annunzio di Chieti, 1975, p.186 ss.; F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1978, p.299; L. MIGLIORINI, *Appello incidentale e motivi assorbiti*, in *Foro amm.*, 1981, I, p.1729 ss.; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., p.75 ss., che definisce la pratica dell'assorbimento come «uno dei brodi di cultura dell'inadempimento dell'Amministrazione» e E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., p.161.

Più di recente, E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, in *Giur. it.*, 2015, p.2192 ss.; L.R. PERFETTI, G. TROPEA, «Heart of darkness»: l'adunanza plenaria tra ordine di esame e assorbimento dei motivi, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p.205 ss.; G. GALLONE, *Processo dispositivo e processo dirigistico*, in E. FOLLIERI, A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Milano, Cedam – Wolters Kluwer, 2015, p.748 ss.

⁷⁴Si potrebbe superare, come suggerito da E. FOLLIERI, *Giudicato sull'incompetenza e potere della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4, p.458 ss. una «prassi» seguita dal giudice amministrativo che spesso non pone la «regola del caso concreto», ossia non affronta il vero problema della controversia, preferendo chiudere la causa con l'annullamento dell'atto impugnato per vizio di forma e con l'assorbimento dei motivi che attengono alla questione che ha determinato il giudizio. Sul punto cfr. anche P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.60, la quale, circa la tecnica dell'assorbimento dei motivi operata dal giudice in sede di decisione, precisa che ad essa consegue quello che definisce come «giudicato incompleto», ossia trattasi di un «giudicato non globale, non esaustivo, [che] dipende non dalla volontà, spontanea o coatta, delle parti, bensì da una linea di azione del giudice che si rileva del tutto inaccettabile». Tale tipo di giudicato non garantirebbe la tutela giurisdizionale del ricorrente, che anzi potrebbe risultare «compromessa, giacché i vincoli a carico dell'amministrazione che emergono dal giudicato incompleto risulteranno eseguiti e di scarso rilievo».

Il vincolo precettivo, dettato dall'effetto conformativo della pronuncia del giudice è, invero, rintracciabile non già nel dispositivo della sentenza (dalla sola portata costitutiva/eliminativa), ma dall'esame congiunto del dispositivo e della motivazione della sentenza⁷⁵, ossia dalla parte del provvedimento giudiziario in cui sono esternati i motivi di fatto e di diritto che sorreggono la decisione finale e, che, quindi, sostanziano il comando del giudice⁷⁶.

Infatti, a differenza del contenuto dispositivo della sentenza che è la «*proiezione sicura (a prescindere dal risultato di accoglimento o di rigetto della domanda) del petitum proprio dell'azione esperita*»⁷⁷, l'effetto conformativo, come descritto nella motivazione della sentenza⁷⁸, è nella sola e piena disponibilità del giudice amministrativo: egli può anche non prevederlo. Ma laddove decidesse di disporlo, potrebbe anche non essere così stringente da imporre all'amministrazione di agire per la soddisfazione dell'interesse del ricorrente al bene della vita⁷⁹.

In sostanza, se il venir meno dell'atto impugnato ritenuto illegittimo è un effetto tipico previsto *ex lege* dell'azione di annullamento proposta dal ricorrente e accolta dal giudice (e, quindi, non nella loro piena disponibilità), l'effetto conformativo, seppur "suggerito" dal ricorrente attraverso un'accorta esposizione dei motivi di ricorso, è rimesso alla sola volontà del giudice amministrativo, con tutti i rischi legati, quindi, alle incertezze interpretative che ne derivano⁸⁰.

⁷⁵Motivazione della sentenza che, in questo modo, assume un ruolo essenziale e fondamentale per il suo contenuto precettivo nei confronti della successiva azione amministrativa, dal momento che a seconda di come sia strutturata dal giudice, possa anche non essere in grado di "coprire" gli spazi liberi di potere che residuino all'amministrazione. Cfr., sul punto, A. ANDREANI, *Dispositivo e contenuto decisorio della sentenza amministrativa*, cit., p.464 ss.

⁷⁶S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.162.

⁷⁷S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.175, il quale, sul punto, richiama R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p.563 ss.

⁷⁸Cfr., E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., p.161, il quale precisa, sul punto, «*la necessità di utilizzare il cosiddetto effetto conformativo, risultante dalla motivazione della sentenza per incanalare la successiva, necessaria azione amministrativa, nella soddisfazione dell'interesse legittimo pretensivo*».

⁷⁹E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p.191.

⁸⁰S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., p.176, il quale riflette sul fatto che «*diverrebbe eccessivamente "soggettivo" e vario il modo di interpretare la stesura del "contenuto conformativo" stesso da parte di ogni singolo giudice, con la conseguenza che la stabilità del risultato processuale*

A ciò aggiungasi che, anche nel caso della tutela dell'interesse legittimo pretensivo, al pari di quanto avviene per la tutela dell'interesse legittimo oppositivo, ulteriore condizione che, tuttavia, è meramente eventuale e accidentale, attiene all'assenza di sopravvenienze (legislative o fattuali)⁸¹ che possano “cambiare le regole del gioco”, atteso che andrebbero ad incidere su poteri non esercitati o comunque fondati su presupposti (fattuali e normativi) diversi e successivi rispetto al momento di formazione del giudicato.

Il giudicato amministrativo (in particolare quello di legittimità), infatti, è stato tradizionalmente ritenuto⁸² condizionato all'insussistenza di sopravvenienze giuridiche e fattuali che rappresentano, pertanto, «*la crisi della forza giuridica del giudicato*»⁸³.

In sostanza, il giudicato potrebbe assumere carattere di intangibilità, fino al momento in cui non subentrino mutamenti nella realtà materiale o giuridica che possano precluderne l'attuazione.

Le quattro condizioni così come strutturate, se coesistenti, sembrerebbero garantire la formazione di un giudicato prossimo all'intangibilità che, da una parte, dia soddisfazione piena alla posizione del ricorrente titolare di un interesse legittimo pretensivo, dall'altra parte, non sia soggetto a future ed eventuali

pur a fronte di ambiti di critica comuni, potrebbe essere il risultato di come i diversi giudici amministrativi redigeranno, secondo la personale tecnica di scrittura giuridica, la motivazione della sentenza». Di recente, cfr. E. FOLLIERI, La tutela del paesaggio culturale negata per la tesi sulla graduazione di ufficio degli effetti dell'annullamento, cit., 1950, il quale, sul punto, precisa che «Si può discutere dell'effetto conformativo dell'annullamento che è una lodevole affermazione giurisprudenziale per tutelare gli interessi pretensivi in un sistema processuale che prevedeva sostanzialmente solo l'azione di annullamento. È un effetto nella disponibilità del giudice che può decidere di fissare i binari entro cui deve svolgersi la successiva azione amministrativa di adeguamento alla decisione, per evitare l'ulteriore ricorso per l'ottemperanza, nell'interesse non solo del ricorrente vittorioso, ma anche di un processo più efficace, efficiente ed effettivo, con riduzione del contenzioso. È un mezzo per dare tutela effettiva all'interesse pretensivo che non viene pregiudicato, anzi gli fa conseguire una concreta e più rapida soddisfazione».

⁸¹E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.132 ss.

⁸²M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 2002, p.319 ss. e ID., *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, cit., p.78 ss.

⁸³E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p.135.

forme di inesecuzione da parte dell'amministrazione, nel momento di riedizione del potere⁸⁴.

Il condizionale, tuttavia, è d'obbligo, dal momento che è assai difficile, se non raro, che tali condizioni ricorrano contestualmente nella realtà sostanziale e processuale, dal momento che l'amministrazione non ha l'onere di indicare nel provvedimento tutti i motivi alla base della sua decisione, soprattutto quando va ad adottare un diniego; a conferma, infatti, l'eventuale riproduzione del diniego, se basata su ragioni o fatti diversi rispetto a quelli alla base di un primo e precedente diniego impugnato e annullato, non viola il giudicato⁸⁵.

Tutt'al più, la compresenza delle quattro condizioni determina, con un margine maggiore di certezza, effetti favorevoli voluti laddove venga esercitato dall'amministrazione un potere vincolato; il che fa intendere che rimanga solo e ancora sufficientemente garantita la posizione del titolare di un interesse legittimo pretensivo, a fronte dell'esercizio di un potere discrezionale che l'amministrazione conserva anche successivamente al provvedimento giudiziale.

Questo appare, tuttavia, un rimedio preventivo auspicabile dal privato, idoneo a evitare il rischio di un'autorità amministrativa, soccombente, inadempiente al dettato giudiziale, oltre che a ottenere, già nella fase di cognizione del giudizio dinanzi al giudice amministrativo, una tutela piena ed effettiva, ossia "vincolante" per l'amministrazione.

3. La proposizione dell'azione di adempimento dinanzi al giudice amministrativo a fronte dell'esercizio di un potere vincolato

Un ulteriore rimedio preventivo è, senza dubbio, individuabile dalla lettura dell'art. 34 del codice del processo amministrativo dedicata alle sentenze di merito che, in particolare, prevede, alla lettera c), che il giudice, nei limiti della domanda del ricorrente, condanni l'amministrazione all'adozione delle misure

⁸⁴Cfr. sul punto anche E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di conservazione e poteri di trasformazione*, in *Annuario AIPDA 2011, L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra orientamenti*, Atti del convegno annuale Bari 30 settembre – 1 ottobre 2011, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p.78 ss.

⁸⁵M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p.49.

idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, nonché consente al ricorrente di chiedere espressamente al giudice la condanna dell'amministrazione a rilasciare il provvedimento richiesto (ossia di esperire quella che viene definita come l'azione di adempimento⁸⁶) e, alla lettera e), che il giudice, sempre nei limiti della domanda, disponga delle misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato.

Come noto, tra le nuove azioni introdotte nel tessuto codicistico, si rintraccia una particolare azione che sembrerebbe attribuire una soddisfazione piena al ricorrente titolare di un interesse legittimo pretensivo che consente di superare, dunque, le perplessità a cui si è fatto cenno nelle pagine precedenti. Trattasi pur sempre di un'azione ancillare a quella di annullamento e che, quindi, va a completarla: consiste nell'azione di condanna⁸⁷ al rilascio di un provvedimento richiesto, meglio nota, per l'appunto, come azione di adempimento⁸⁸, espressamente prevista nell'art. 31, comma 3, c.p.a. che riconosce al giudice la facoltà di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio soltanto nei confronti dell'attività vincolata esercitata dall'amministrazione oppure quando risulta che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità in capo alla medesima amministrazione e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione⁸⁹.

⁸⁶*Ex multis*, cfr. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, *passim*.

⁸⁷Sul punto, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 2019, p.215, il quale precisa che nel processo amministrativo, come nel processo civile la nozione di condanna non sia pacifica, dal momento che è ritenuta, da una parte, preordinata alla formazione di un titolo esecutivo che consenta l'esecuzione forzata nelle forme previste dal codice di procedura civile, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., per cui le azioni di condanna sarebbero solo quelle che possono condurre a un titolo esecutivo; dall'altra parte, diretta ad imporre un comportamento specifico che soddisfi la pretesa violata del ricorrente, indipendentemente dalla loro idoneità ad essere titolo esecutivo.

⁸⁸Cfr. A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., *passim* e S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p.81 ss.

⁸⁹Azione di adempimento che trova corrispondenza nelle pronunce adottabili dal giudice, dal momento che l'art. 31, co. 3, c.p.a. va letto in combinato disposto con l'art. 34, co. 1, lettera c), c.p.a., ai sensi del quale «l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto dal ricorrente è esercitata dal giudice, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio».

L'azione *de qua*, invero, non rappresenta una novità nel panorama dogmatico, dal momento che era già stata suggerita dalla dottrina tradizionale⁹⁰ come uno strumento a disposizione del ricorrente (soprattutto quello titolare di un interesse pretensivo) volto ad accordargli una tutela effettivamente soddisfattiva: strumento che ora (finalmente) trova espressa previsione e disciplina nel codice del processo amministrativo⁹¹.

La proponibilità di tale azione consente, nei limiti dettati dalla norma, ossia in virtù della sussistenza di queste tre condizioni (attività vincolata, assenza di margini di discrezionalità in concreto e di ulteriori adempimenti istruttori) che il giudice possa pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa, adottando una sentenza che condanni l'amministrazione a rilasciare quel determinato provvedimento amministrativo anelato dal titolare dell'interesse legittimo pretensivo, riconoscendogli una tutela piena e soddisfattiva. La pronuncia, infatti, va ad esaurire il potere amministrativo o comunque lo ridimensiona sul piano sostanziale, dal momento che l'amministrazione è vincolata ad esercitare il potere nel modo stabilito dalla sentenza, senza che le sia riconosciuto alcun margine per riesaminare la pratica o decidere in maniera difforme rispetto a quanto imposto dal giudice⁹².

In sostanza, l'azione di adempimento consente, da una parte, al ricorrente di chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto e denegato e, dall'altra, impone al giudice di provvedere sulla domanda in un capo autonomo del dispositivo. Questo comporta, in sostanza, che nel giudizio di cognizione intervenga un'apposita pronuncia del giudice che condanni l'amministrazione senza che sia necessario ricorrere al giudizio di ot-

⁹⁰Cfr. F. LA VALLE, *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, p.180 ss. e M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, p.94 ss.

⁹¹Sulla portata innovativa dell'azione di adempimento nel processo amministrativo, cfr., A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, cit., p.5, il quale sostiene che «l'introduzione di un'azione di adempimento non costituisce una mera opzione di politica legislativa, opportuna magari anche per diminuire il 'gap' rispetto ai sistemi stranieri, ma appare necessaria anche per recuperare coerenza nel nostro processo amministrativo».

⁹²A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2019, cit., p.313.

temperanza per individuare la misura idonea a soddisfare l'interesse del ricorrente⁹³. Anzi, l'attività successiva di esecuzione della sentenza, esercitata dall'amministrazione, «non può essere considerata esercizio del potere, perché la sentenza assorbe i profili più caratteristici del potere amministrativo, rappresentati dalla sua capacità di decidere come, quando e a favore di chi distribuire utilità e risorse»⁹⁴.

Tuttavia, sono necessarie alcune precisazioni che emergono dalla lettura delle norme inserite nel codice del processo amministrativo.

In primo luogo, le condizioni *ex lege* relative all'esercizio del potere vincolato manifestatosi nel provvedimento impugnato dinanzi al giudice ovvero quella relativa all'assenza in concreto di margini di discrezionalità sono ritenute tutte condizioni di ammissibilità dell'azione di adempimento, non sufficienti di per sé ad ottenere dal giudice la pronuncia soddisfattiva della pretesa sostanziale. Il passaggio ulteriore è rimesso al giudice che, accertata la sussistenza di tutte le condizioni legali per il rilascio del provvedimento richiesto, accoglie il ricorso promosso dal ricorrente su cui grava, invero, l'onere di dimostrare l'esistenza di tutti i presupposti legali⁹⁵.

In sostanza, è a carico del ricorrente l'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni *ex lege* al fine di proporre al giudice l'azione di adempimento (contestualmente a quella di annullamento) per giungere ad ottenere, per il suo tramite, il provvedimento favorevole richiesto e inizialmente negato dall'amministrazione.

In secondo luogo, senza dubbio l'azione *de qua*, così come costruita dal legislatore, appare una soluzione ottimale⁹⁶ per la soddisfazione degli interessi legittimi pretensivi a fronte, però, soltanto di un potere vincolato: il giudicato, infatti, in questa ipotesi, andrà a vincolare il successivo esercizio del potere da

⁹³E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p.192.

⁹⁴A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, cit., p.6.

⁹⁵M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p.51 e P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1, p.21 ss.

⁹⁶L'espressione è di E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p.192.

parte dell'amministrazione obbligata dalla condanna del giudice all'adozione dello specifico provvedimento richiesto.

Tanto è vero che la sentenza di annullamento di un provvedimento sfavorevole al ricorrente con contestuale condanna al rilascio del provvedimento richiesto «vieta l'amministrazione di respingere una seconda volta l'istanza sulla base di ragioni diverse da quelle espresse con il provvedimento annullato»⁹⁷ e la obbliga al rilascio del provvedimento.

In sostanza, l'accoglimento dell'azione di adempimento da parte del giudice nei termini sopra descritti consente di rendere intangibile il giudicato e, allo stesso tempo, di consumare il potere (vincolato) amministrativo nel momento della sua riedizione⁹⁸, superando anche l'eventuale ostacolo rappresentato dalle sopravvenienze⁹⁹, dal momento che la condanna attiene al rilascio del provvedimento che l'amministrazione avrebbe dovuto adottare in risposta all'istanza al fronte della quale, invece, ha adottato un provvedimento negativo sfavorevole nonché illegittimo.

Da questa prospettiva, tale azione diventa, infatti, a tal punto garantista e, soprattutto, soddisfattiva della situazione giuridica soggettiva del titolare dell'interesse pretensivo nei confronti di un potere vincolato, che, nel caso in cui il giudice ometta di pronunciarsi sulla specifica domanda del ricorrente, quest'ultimo può comunque sollevare in appello l'omissione di pronuncia da parte del giudice¹⁰⁰ su uno specifico capo della domanda e ottenere, in quella sede, la sentenza che condanni l'amministrazione a rilasciare il provvedimento richiesto.

⁹⁷M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p.52.

⁹⁸Cfr. A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, cit., p.6, secondo cui «l'azione di adempimento può comportare un superamento del potere amministrativo, perché il giudice, ove ne sussistano le condizioni di diritto sostanziale, può accertare che al cittadino spetta il rilascio di un provvedimento positivo».

⁹⁹Cfr. L. CANNADA BARTOLI, *Giudicato amministrativo, regolazione sopravvenuta e "giusto processo"*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it e più di recente, G. PEPE, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, *passim*. Sia consentito rinviare anche a G. URBANO, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, cit., p.165 ss.

¹⁰⁰Cfr. F. FRANCIOSI, M.A. SANDULLI, *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, *passim*.

Detto altrimenti, seppur l'azione di annullamento rimanga centrale per ottenere la tutela degli interessi legittimi lesi da un provvedimento amministrativo, allo stesso tempo «*non esaurisce più i contenuti della tutela nel giudizio di cognizione*»¹⁰¹, dal momento che il ricorrente può ottenere dal giudice una sentenza che condanni l'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto. Mediante tale possibilità, riconosciuta dal codice del processo amministrativo, la tutela dell'interesse legittimo non si profila più per essere indiretta, ma anzi sempre più simile e parificata a quella dei diritti soggettivi¹⁰².

3.1. Limiti della proposizione dell'azione di adempimento dinanzi al giudice amministrativo a fronte del potere discrezionale esercitato dall'amministrazione

A questo punto residua qualche perplessità circa l'esperimento dell'azione di adempimento o, meglio di condanna, nei termini innanzi descritti, quando l'interesse legittimo pretensivo si confronti e sia lesa da un provvedimento amministrativo espressione di un potere discrezionale.

Sebbene dal punto di vista normativo non esistono preclusioni ad ammettere nel processo amministrativo una sentenza di condanna anche nei confronti dell'esercizio di poteri discrezionali da parte dell'amministrazione, è sul piano logico - concettuale che si rintraccia un ostacolo alla sua ammissibilità: la condanna all'adempimento da parte del giudice presuppone l'esistenza di un obbligo rimasto inadempito, dove l'obbligo «*sussiste soltanto quando l'attività amministrativa è vincolata e il rilascio del provvedimento è condizionato solo alla sussistenza dei presupposti stabiliti dalla norma*»¹⁰³.

Nonostante la dottrina abbia tentato di superare l'*empasse*, da una parte spostando la sussistenza dei presupposti legali non già al momento dell'impugnazione del provvedimento, ma al momento della pronuncia giudiziale¹⁰⁴,

¹⁰¹A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2019, cit., p.220.

¹⁰²Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2019, cit., p.220.

¹⁰³M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p.114.

¹⁰⁴Cfr. G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto, un aggiornamento sul tema*, in M.A. SANDULLI, F. FRANCIOSI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa: in ricordo di Leopoldo Mazzeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p.29.

dall'altra suggerendo come oggetto della condanna non il provvedimento favorevole richiesto, ma l'esercizio legittimo del potere amministrativo¹⁰⁵, persiste comunque sempre un potere dell'amministrazione di tipo discrezionale che non si esaurisce a fronte di un giudicato (che, in questa ipotesi, si presenti connotato da evidenti tratti di cedevolezza).

In secondo luogo, come accennato, le diverse azioni ammissibili dinanzi al giudice amministrativo, previste dal codice del processo amministrativo, all'atto pratico risultano essere tutte secondarie o ancillari rispetto all'azione principe del giudizio amministrativo che rimane sempre quella di annullamento. In sostanza, le azioni sono sì ammissibili nella misura in cui sia stata promossa precedentemente o contestualmente l'azione di annullamento: non sono azioni autonome, ma vanno a completare l'azione principale che rimane quella di annullamento.

In sostanza, le azioni non garantiscano al ricorrente tutela piena e satisfattiva, al pari di quanto potrebbe essere assicurata, in combinazione con (o comunque dall') l'azione di annullamento dell'atto, soprattutto nei confronti del titolare dell'interesse legittimo pretensivo.

Detto altrimenti, la fruizione di una sola tecnica di tutela (che sia quella solo di annullamento per la tutela dell'interesse legittimo oppositivo o quella di adempimento per la tutela dell'interesse legittimo pretensivo, nei termini descritti) non sempre soddisfa a pieno il titolare dell'interesse legittimo leso; tutt'al più sarà la combinazione delle diverse forme di tutela a garantire una soddisfazione piena e un giudicato, per quanto possibile, stabile e intangibile.

In definitiva, l'azione di annullamento resta l'azione principale e onnipresente in tutti i giudizi dinanzi al giudice amministrativo con tutti i limiti che ne conseguono e di cui si è già discusso. Pertanto, anche l'azione di adempimento che più di altre merita attenzione in questa sede, sebbene colori diversamente l'oggetto del giudizio amministrativo, proprio in vista del suo carattere ancillare

¹⁰⁵Cfr. L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo, L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, p.634.

rispetto al giudizio di annullamento, conferma, tuttavia, l'idea, ancora fortemente condivisa, di un giudizio amministrativo di tipo prevalentemente impugnatorio, che appare a tutt'oggi rappresentare lo strumento più idoneo a formare un giudicato sostanziale, come sostenuto da una parte della dottrina più avveduta¹⁰⁶, e a sindacare il rapporto sottostante il provvedimento impugnato, nei limiti dettati, però, dal tipo di potere esercitato dall'amministrazione.

In questo senso, sicuramente, quindi, c'è un segnale di apertura della struttura del processo amministrativo nei confronti della pretesa vantata dal ricorrente in giudizio titolare di un interesse legittimo pretensivo, ma ancora non sufficiente a superare la sua tradizionale concezione di processo idoneo a tutelare maggiormente l'interesse legittimo oppositivo ed essenzialmente costruito (ancora) sull'azione di annullamento per vizi di legittimità dell'atto.

Caratteri del giudizio amministrativo che, nonostante i mutamenti storico – legislativi intercorsi, sembrano persistere - sebbene in forme più moderate - ancora oggi e che si allineano al connotato del potere amministrativo inesauribile non soggetto a fenomeni o ipotesi di consumazione nel momento del suo esercizio.

4. Rimedi *successivi*: la rilevanza dei principi di correttezza e buona fede sul piano processuale

Se come rimedi preventivi che possano, invero, scongiurare e, per l'appunto, prevenire l'eventuale ipotesi di inottemperanza della amministrazione pubblica al dettato del giudice, condizionando “a monte” la futura azione amministrativa, si sono potuti rintracciare sul piano processuale solamente quelli inerenti alla combinazione dell'effetto conformativo con quello preclusivo della pronuncia giudiziale o, ancor più, al rafforzamento dell'effetto conformativo, laddove si verificano contestualmente le condizioni descritte, nonché alla possibilità di proporre l'azione di adempimento per lo più a fronte dell'esercizio del potere vincolato da parte dell'amministrazione, diversi sono i

¹⁰⁶Cfr. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., p.306 ss.

rimedi rintracciabili *ex post* (rispetto alla pronuncia del giudice), a “fatto compiuto”, quando, cioè, a fronte di una sentenza del giudice amministrativo, l'autorità pubblica non si sia attivata in alcun modo per darne esecuzione.

Sicuramente, la ricerca della giurisprudenza e della dottrina si è mossa, soprattutto in tempi più recenti, allo scopo di individuare degli argini al “fluttuante e incessante” agire amministrativo, in particolare di tipo discrezionale, nei suoi rapporti con il giudicato amministrativo.

Tale scopo non rappresenta, in realtà, una novità, nemmeno per il legislatore: si pensi alla creazione giurisprudenziale delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, in parte successivamente positivizzate dal legislatore¹⁰⁷, o, più di recente, alla individuazione di un termine massimo che impedisce all'amministrazione di annullare un provvedimento già adottato, *ex art. 21 - nonies* della legge n. 241/1990 e comunque alla maggior parte degli istituti disciplinati dalla legge n. 241/1990, oggetto di costanti modifiche legislative improntate all'osservanza dei principi di partecipazione¹⁰⁸ e collaborazione del privato alle decisioni amministrative e del controllo e sindacabilità dell'agire amministrativo¹⁰⁹.

Di pari passo, infatti, si sono sempre più assottigliate le differenze nelle dinamiche relazionali tra amministrazione e privato, improntate sempre più alla parità dei rapporti e alla convergenza delle decisioni e degli interessi da perseguire.

È proprio partendo da queste dinamiche che la riflessione intende spostarsi sul piano dei principi che le innervano, che dal piano squisitamente sostanziale in cui trovano la principale collocazione, si sono affermate anche sul piano strettamente processuale. In altri termini, per superare le difficoltà emer-

¹⁰⁷E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 1, p.61.

¹⁰⁸Sia consentito rinviare a G. URBANO, *Aspetti evolutivi della partecipazione al procedimento amministrativo: la Legge sulla partecipazione della Regione Puglia*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, p.3.

¹⁰⁹Si pensi, di recente, ai Decreti cd. Semplificazioni, il decreto-legge n. 76 del 16 luglio 2020, convertito in legge n. 120 del 11 settembre 2020 e il decreto-legge n. 77 del 31 maggio 2021 convertito in legge n. 108 del 29 luglio 2021.

se nella fase di esecuzione del giudicato amministrativo a fronte dell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, si intende dimostrare quanto utile sia il supporto e il rispetto dei principi generali che, se normalmente trovano il loro *locus* ideale nel diritto sostanziale, non di meno possono trovare degna applicazione anche nel diritto processuale.

In particolare, l'esigenza di tutela della pretesa sostanziale del privato nei confronti dell'azione amministrativa ha attribuito rilevanza, soprattutto negli ultimi tempi, al rispetto dei principi di buona amministrazione e di affidamento¹¹⁰ riposto dai privati sulla correttezza dell'operato dei pubblici poteri nelle diverse declinazioni che hanno essi assunto.

Tra queste ultime emerge il principio di buona fede e di correttezza che diviene rilevante non solo (e tradizionalmente) nel dialogo sostanziale tra amministrazione e privato, ma anche a livello processuale dinanzi al giudice amministrativo che, utilizzandolo come strumento del suo sindacato, gli consentirebbe di ridurre l'esercizio del potere discrezionale nella fase successiva di esecuzione del giudicato.

Entrando nel dettaglio, a livello normativo, in primo luogo, la circostanza che la condotta delle parti sia valutabile dal giudice amministrativo trova un riferimento normativo in diverse previsioni processuali: quelle relative al riconoscimento da parte del giudice amministrativo del risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., dal momento che la sua determinazione è soggetta alla valutazione (da parte del giudice amministrativo) non solo delle circostanze di fatto, ma anche del comportamento complessivo delle parti; quelle relative alla possibilità attribuita sempre al giudice amministrativo di desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo, ai sensi dell'art. 64, comma 4, c.p.a.¹¹¹.

¹¹⁰Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, *passim* e ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, Giuffrè, 2001, *passim*.

¹¹¹Sia consentito rinviare a G. URBANO, *La costituzione orale in giudizio delle parti intime*, in E. FOLLIERI, A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010 - 2015)*, Milano, Cedam Wolters Kluwer, 2015, p.915 ss.

Anche a livello giurisprudenziale, i recenti arresti hanno mostrato una particolare attenzione alla protezione delle posizioni giuridiche individuali nei confronti del potere amministrativo, da una parte, attribuendo preminenza proprio ai principi di buona fede e correttezza (si pensi alla pronuncia dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 4 maggio 2018¹¹² che impone all'amministrazione il rispetto della lealtà e correttezza in tutte le fasi procedurali, anche quelle pregresse all'aggiudicazione nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica), dall'altra, stigmatizzando l'accanimento dell'amministrazione contro il privato (che ha riposto affidamento nei confronti di un provvedimento favorevole ottenuto dall'amministrazione) secondo logiche incentrate sul rispetto della correttezza e della buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione (si pensi alla sentenza del Consiglio di Stato n. 1457 del 6 marzo 2018¹¹³), dall'altra ancora, riconoscendo rilevanza all'agire reiteratamente

¹¹²Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, che ha enunciato i seguenti principi di diritto: *«l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza. 2. Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento. 3. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede».*

¹¹³Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, di cui rilevanti sono i seguenti passaggi: *«Alla luce di tali evenienze, emerge quello che appare un vero e proprio 'accanimento' nei confronti dell'iniziativa imprenditoriale dell'appellante, posto in essere, senza giustificazione alcuna, in modo del tutto sproporzionato rispetto al fine da perseguire – ed invero tutti i relativi provvedimenti sono stati annullati dal giudice amministrativo – ed in totale spregio del fatto che, pochi anni prima, la stessa Soprintendenza aveva autorizzato la medesima iniziativa. Con ciò trascurando completamente l'affidamento che legittimamente il privato nutriva circa la fattibilità dell'opera e per la quale si era già attivato effettuando i necessari investimenti. 9.2 - Ciò che emerge dalla vicenda appare sintomatico di uno svolgersi dell'attività amministrativa secondo logiche lontane dal modello di correttezza e buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione, come si è andato evolvendo nel diritto vivente. Modello in cui, alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino. In altri termini, l'evoluzione del modello costituzionale impone di tener conto che l'attività amministrativa produce sempre un "impatto" sulla sfera dei cittadini e delle*

capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo del canone di buona amministrazione e affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri (si pensi alla recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, condivisa anche da una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione¹¹⁴).

Proprio quest'ultimo orientamento rappresenta, senza dubbio, uno spiraglio che al momento appare risolutivo del "paradossale" meccanismo che regola il rapporto tra il giudicato amministrativo di accoglimento e il successivo riesercizio del potere amministrativo di tipo discrezionale, offrendo una soluzione sicuramente inedita sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale.

imprese (ne è conferma l'emersione del principio di accountability). Tale impatto, da un lato, deve essere considerato e quantificato, affiancando agli strumenti giuridici quelli economici di misurazione, che permeano sempre di più l'attività amministrativa; d'altro lato – e soprattutto, ai fini della tutela – tale impatto non può essere trascurato, né assorbito, e nemmeno ridotto forfettariamente in considerazione di una cura dell'interesse pubblico asseritamente prevalente. Sono emblematiche di tale tendenza tutte le riforme ispirate alla semplificazione e alla trasparenza dell'attività amministrativa, non ultima – per quel che rileva in questa sede, dove all'origine dell'arresto dell'iniziativa degli appellanti vi è la revoca della precedente autorizzazione archeologica – la l. n. 124 del 2015, intervenuta, tra le altre cose, sui presupposti del potere di autotutela, che deve sempre considerare l'affidamento del privato rispetto a un precedente provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica e sul quale basa una precisa strategia imprenditoriale (cfr. art. 21-nonies co. 1, l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-quarter, l. n. 164 del 2014 e poi dall'art. 6, comma 1, l. n. 124 del 2015; nonché l'art. 21-quinquies, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b-ter, l. n. 164 del 2014)».

¹¹⁴Cfr. Cass., Sez. Un., 7 settembre 2020, n. 18592, la quale si è espressa sulla violazione dei limiti esterni della giurisdizione, affermando che «il prospettato eccesso di potere giurisdizionale non è certamente configurabile in quanto la contestata decisione rappresenta l'esito dell'attività di interpretazione delle richiamate norme del codice del processo amministrativo effettuata dal Consiglio di Stato e tale attività rappresenta il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può dunque integrare, di per sé sola, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale e quindi dare luogo al vizio denunciato».

Il supremo consesso¹¹⁵ ha sostenuto che il giudicato amministrativo di annullamento, nel caso si confronti con un esercizio del potere amministrativo discrezionale, sia in grado di assicurare al ricorrente soltanto la possibilità, e non la certezza, di conseguire il bene agognato, in quanto le disposizioni legislative (attributive del potere discrezionale all'amministrazione) tutelano la utilità intermedia (consistente, per l'appunto, nella mera possibilità di conseguire il bene della vita) e non la utilità finale (ossia, proprio il bene della vita). In sostanza, il riconoscimento e l'attribuzione del bene al ricorrente è nella disponibilità dell'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale, non già del giudice amministrativo che si limita ad accogliere il ricorso e ad annullare l'atto, non essendo legittimato e non avendo strumenti pieni, utili a disciplinare in modo definitivo il rapporto amministrativo.

Tuttavia, per evitare il circolo vizioso di un frazionamento infinito della tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione¹¹⁶, a cui si è accennato, consistente nella richiesta reiterata del ricorrente al giudice per ottenere l'annullamento di provvedimenti amministrativi sfavorevoli adottati in successione dall'amministrazione con motivazioni diverse (ogniquale volta ne venga annullato uno in via giurisdizionale e residui uno spazio di manovra discrezionale all'amministrazione) e vedersi concretizzata la possibilità di conseguire il bene

¹¹⁵La recente giurisprudenza amministrativa ha approfondito un'ipotesi tradizionale di manifestazione dell'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione rappresentata dal giudizio di una commissione valutatrice in una procedura paraconcorsuale (trattasi della procedura per il conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario), caratterizzata, nel caso di specie, da un diniego al conseguimento dell'abilitazione, reiterato per ben tre volte, ogni volta con un impianto motivazionale diverso, da tre commissioni valutatrici differenti, a seguito di successivi annullamenti giurisdizionali di altrettante delibere di diniego susseguitesi nel tempo. Per risolvere la complessa controversia, il Consiglio di Stato non si è allineato alle precedenti tesi esposte ma, annullando anche la terza valutazione della commissione per eccesso di potere (illogicità dell'azione amministrativa e difetto di motivazione), ha chiarito nel dettaglio le conseguenze del dispositivo di annullamento, riducendo i (residui) margini di manovra dell'azione amministrativa di tipo discrezionale e attribuendo, finalmente, soddisfazione al ricorrente, ritenendolo danneggiato dal reiterato comportamento dell'amministrazione.

¹¹⁶G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, cit., p.484 ss.

della vita agognato, il Consiglio di Stato ha individuato uno strumento di tutela più immediato.

Dall'interpretazione dell'impianto codicistico sul processo amministrativo, il consesso amministrativo riesce a rintracciare uno strumento in grado di scongiurare l'indefinita "parcellizzazione giudiziaria" di una vicenda unitaria, dal punto di vista sostanziale, e di ridurre progressivamente la discrezionalità amministrativa, sul piano sia sostanziale che processuale.

L'assunto si basa essenzialmente ed enfatizza¹¹⁷ il principio di effettività della tutela giurisdizionale, garantita nel codice del processo amministrativo da una serie di istituti e principi processuali in precedenza sottolineati, definito dal consesso amministrativo come «*la capacità del processo di far conseguire i medesimi risultati garantiti dalla sfera sostanziale*»; capacità che sarebbe idonea a cogliere la rilevanza non solo del principio di atipicità dell'azione¹¹⁸, ma anche del principio di atipicità delle forme di tutela che troverebbe un limite soltanto nel principio di separazione dei poteri.

In particolare, le disposizioni codicistiche sul processo amministrativo in grado di armonizzare questi ultimi due principi sono l'art. 31, comma 3, c.p.a. (sull'azione di adempimento, a cui si è fatto cenno); l'art. 34, comma 1, lett. e), ai sensi del quale il giudice (lo stesso che si pronuncia in sede di cognizione) può disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e può, perfino, nominare un commissario *ad acta* con effetto dalla scadenza del termine assegnato per l'ottemperanza da leggersi in combinato disposto con l'art. 34, comma 2, c.p.a. che, pur riconoscendo al ricorrente tutela nei confronti del

¹¹⁷G. URBANO, *Una risposta ai bisogni di "tutela" che va meglio definita*, in *Guida al diritto*, 2019, 15, p.99.

¹¹⁸Cfr. sul tema della proponibilità nel processo amministrativo di azioni atipiche, cfr. V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, p.851 ss.; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, p.213 ss.; E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, *cit.*, p.161ss.; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, III, p.557 ss.; A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in AA. VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Milano, 2011, Giuffrè, p.87 ss.; M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, diretto da R. CARANTA, Bologna, Zanichelli, 2011, p.578 ss.

potere amministrativo anche discrezionale manifestato dall'amministrazione con il provvedimento impugnato, comunque preclude al giudice la possibilità di pronunciarsi nei confronti di poteri amministrativi non ancora esercitati, tanto da escludere forme di tutela (preventiva) degli interessi dei ricorrenti volte a condizionare il futuro esercizio del potere da parte dell'amministrazione.

Il giudice riesce, invero, a superare e ridurre tale ultima preclusione e a individuare un ulteriore strumento di consumazione della discrezionalità amministrativa non ancora esercitata dall'amministrazione. Infatti, il consesso, da una parte, ribadisce i due meccanismi di riduzione del potere discrezionale già noti, consistenti: il primo, sul piano sostanziale, nell'attività della stessa amministrazione di auto-vincolarsi attraverso atti amministrativi adottati a monte rispetto al successivo esercizio del potere amministrativo; il secondo, sul piano processuale, mediante istituti che sollecitano una pronuncia dell'amministrazione nel corso del giudizio sull'intera vicenda (come, ad esempio, tramite la combinazione delle ordinanze propulsive e successivi motivi aggiunti) oppure mediante istituti probatori volti a cogliere il dispiegarsi della fattispecie concreta (come, ad esempio, tramite il principio di non contestazione¹¹⁹). Dall'altra, il consesso amministrativo introduce un nuovo meccanismo in grado di consumare la discrezionalità consistente «*nel 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*»¹²⁰.

Ne consegue che nei casi in cui l'amministrazione reiteri la sua azione adottando a ripetizione provvedimenti sfavorevoli al ricorrente, annullati *ex post* dal giudice, secondo il supremo consesso «*resta preclusa all'amministrazione di poter tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione ai profili non ancora esaminati*»¹²¹.

¹¹⁹Cfr. F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, p.1013 ss.

¹²⁰Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

¹²¹Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

Tale assunto incide inevitabilmente sulla configurazione del giudicato amministrativo, non ritenendolo più un “atto”, come avveniva tradizionalmente, ma un “fatto”, tanto che la consumazione del potere discrezionale può verificarsi sia nell’ambito del giudizio di ottemperanza, sia nell’ambito del giudizio di cognizione.

Il principio assume, senza dubbio, una portata rivoluzionaria per le conclusioni a cui giunge e si allinea all’attuale tendenza della dottrina, della giurisprudenza e del legislatore di assicurare una effettiva tutela giurisdizionale al privato, soprattutto titolare di un interesse legittimo pretensivo e, in particolare, nei confronti del potere “inesauribile” dell’amministrazione di tipo discrezionale.

In particolare, si disegna un nuovo tipo di processo improntato alla «*cognizione ad esecuzione integrata*»¹²², ossia un «*processo cognitivo dai tratti esecutivi*»¹²³ che si muove in senso contrario rispetto alla tesi, condivisa da una parte della dottrina e della giurisprudenza¹²⁴, che spinge per un ampliamento della fase cognitiva in sede esecutiva (tesi del giudicato a formazione progressiva).

Senza dubbio non sono poche le perplessità che la giurisprudenza solleva, a partire dalla previsione *ex ante* di una preclusione a carico dell’amministrazione; preclusione che senza dubbio è vantaggiosa per il ricorrente, ma non per

¹²²Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

¹²³G. CICE, *nota a sentenza a Consiglio di Stato – Sezione VI – sentenza del 25 febbraio 2019 n. 1321*, in *www.giustamm.it*, 2019, p.4. Un giudizio di tale tipo, o meglio a un’azione «*cognitoria ad effetto esecutivo*», era stata approfondita da P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, *cit.*, p.122 ss., ritenendola ammissibile, oltre che un proficuo strumento alternativo al giudizio di ottemperanza per l’esecuzione delle sentenze non passate in giudicato.

¹²⁴Espressione coniata da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1979, p.288 ss., a indicare il carattere del giudicato amministrativo come «*il risultato tanto della pronuncia sul ricorso di legittimità quanto di quella nel giudizio di ottemperanza*». Cfr. in dottrina anche B. SASSANI, *Impugnativa dell’atto e disciplina del rapporto*, Padova, Cedam, 1989, *passim*; G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. proc. civ.*, 1980, p.643 ss. e 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, *passim*. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2007, n. 6071; Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796; Cons. Stato, sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4131; Cons. Stato, sez. VI, n. 2153 del.2010; Cons. Stato, sez. VI, n. 84210 del 2010; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1060; Cons. Stato, ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2; Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

l'amministrazione dal momento che presuppone che essa si pronunci negativamente, escludendo l'ipotesi inversa ma comunque possibile, che possa rideterminarsi in senso positivo nei confronti del ricorrente medesimo. In sostanza, intervenire *ex ante* e precludere l'esercizio del potere amministrativo non significa altro che presumere l'intenzione dell'amministrazione a negare (nuovamente) il provvedimento agognato dal ricorrente; circostanza, questa, che ha dei margini di certezza (o di incertezza) pari a quelli che avvolgono la ipotesi contraria di un'amministrazione che decida, invece, di rilasciare un provvedimento favorevole.

In questo senso, il rischio è che si andrebbe a legittimare la pretesa del ricorrente a ottenere un provvedimento amministrativo in senso favorevole da parte di un'amministrazione che, da parte sua, si troverebbe a perdere e non esercitare il suo potere, in violazione della riserva di amministrazione tutelata dagli articoli 1 e 97 della Costituzione, nonché dall'art. 34, comma 2, c.p.a. che impedisce al giudice di pronunciarsi sui poteri amministrativi non ancora esercitati. Senza contare un altro dubbio interpretativo sollevato dall'orientamento del giudice amministrativo che attiene all'individuazione del *quando*, ossia del momento in cui si può ritenere cristallizzato e, quindi, completamente consumato il potere amministrativo in questi termini.

Tale orientamento pur necessitando di un intervento di positivizzazione da parte del legislatore, ha, tuttavia, il merito di venire incontro alle esigenze e alle aspettative del privato, evitandogli, altresì, di incalzare il giudice più volte su una medesima fattispecie, garantendo a lui come anche all'amministrazione giudiziaria un evidente risparmio economico. In sostanza apre uno spiraglio per il ricorrente costretto spesso a entrate nei meandri di un *tunnel* giudiziario nel quale è spesso difficile vedere la luce, nonché consente di individuare un punto di equilibrio tra giudicato e riesercizio del potere amministrativo, in grado di rendere il giudicato amministrativo intangibile, a vantaggio dell'esigenza di certezza che nutre il cittadino.

Il profilo che si ritiene sicuramente degno di particolare interesse attiene al rafforzamento, assolutamente condivisibile, dei principi di affidamento e di certezza dei rapporti giuridici che, come corollari del principio di effettività della tutela, rappresentano e coincidono, invero, con gli interessi a cui punta il cittadino e che intende difendere quando si imbatte in una vicenda giudiziaria.

Rispetto al passato, la rilevanza riconosciuta ai principi di buona fede, correttezza e al principio di affidamento del privato come parametri di giudizio del giudice amministrativo è particolarmente significativa soprattutto ai fini della configurazione del carattere di intangibilità al giudicato: infatti, il rispetto del giudicato da parte dell'amministrazione soccombente in giudizio rientra in questa fattispecie tanto da condurre alla previsione di formule risarcitorie o a rappresentare uno strumento di consumazione del residuo potere discrezionale da parte dell'amministrazione tale da rendere il giudicato e la sua esecuzione forte e, quindi, non più cedevoli rispetto alla riedizione del potere amministrativo medesimo.

In questo senso, il giudicato viene qualificato, invero, come un fatto¹²⁵, cioè un obbligo di comportamento che, se violato, configura un'ipotesi di frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino e del dovere di correttezza che innerva il dialogo tra potere pubblico e cittadino, divenuto – si ribadisce - rilevante anche sul piano processuale.

Da una diversa prospettiva, non può non rilevarsi che tale orientamento si allinei alla concezione del diritto di azione come diritto atipico: le azioni giurisdizionali nel processo amministrativo sono tipiche e atipiche e, in quanto tali, consentono al ricorrente di chiedere al giudice amministrativo tutto quello che è indispensabile ad assicurare tutela piena, completa ed efficiente alla situazione giuridica soggettiva che egli assuma lesa¹²⁶.

¹²⁵Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321 e Cass., Sez. Un., 7 settembre 2020, n. 18592.

¹²⁶E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, cit., p.175 e, in un lavoro recente, sempre ID., *La tutela del paesaggio culturale negata per la tesi sulla graduazione di ufficio degli effetti dell'annullamento*, cit., p.1949, il quale afferma che «le azioni ammissibili nel processo amministrativo sono tipiche e atipiche e possono assumere qualunque contenuto volto a soddisfare l'interesse fatto valere in

Atipicità dell'azione che determina atipicità delle forme di tutela, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa¹²⁷, a chiudere il cerchio degli strumenti di garanzia delle posizioni soggettive del privato leso dall'azione amministrativa che coltiva un legittimo affidamento nell'operato dell'amministrazione, una volta ottenuto un giudicato in senso favorevole.

Affidamento che, d'altra parte, contribuisce a definire un assetto complessivo dei rapporti ispirati a criteri di certezza: pertanto, il luogo concettuale in cui esso si manifesta non può che essere il giudicato e, a questo punto, la sua esecuzione.

Infatti, il rispetto dei principi di buona fede e correttezza può rappresentare anche un utile strumento per ridurre il potere discrezionale dell'amministrazione nella fase (che in questa sede interessa maggiormente) successiva al giudicato, così quella dell'esecuzione.

I principi generali di buona fede e correttezza (alla base delle relazioni tra i privati e, ora, anche tra amministrazione e privati) rientrano, come noto, nell'ambito dei concetti cd. indeterminati¹²⁸ dell'ordinamento. Concetti che non sono estranei alle dinamiche procedimentali dell'amministrazione (si pensi al concetto di proporzionalità¹²⁹ o di equità¹³⁰ o, per l'appunto, di affidamento¹³¹)

giudizio; i poteri del giudice si modellano sulle tipologie di azioni proponibili e non potrebbe essere diversamente perché non si può riconoscere al ricorrente il potere di chiedere al giudice qualunque misura idonea a tutelare la sua situazione giuridica soggettiva e non attribuire correlativamente al giudice i conseguenti poteri; il sindacato del giudice amministrativo attiene al rapporto e non solo all'atto; l'interesse legittimo ha una valenza sostanziale; il giudice amministrativo ha nel suo arco un armamentario ricco ed articolato tra cui la possibile disciplina degli effetti, anche dell'annullamento, come la Corte di Giustizia e ed il Conseil d'Etat».

¹²⁷Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

¹²⁸Cfr., *ex multis*, E. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards evolutivi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro It.*, 1999, 12, p.3558 ss.

¹²⁹Cfr., V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, *passim*; ID., *Il diritto amministrativo per principi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 2, p.425 ss.

¹³⁰L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2010, 3-4, p.789 ss.; ID., *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p.653 ss. e sempre ID., *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, 5, p.1213 ss.

¹³¹Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, *passim* e ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, *cit.*, *passim*.

e che si innestano principalmente nell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, per la particolare elasticità che lo connota¹³².

Il rischio, paventato da una parte della dottrina, riguarda l'eccessiva assimilazione dei concetti giuridici indeterminati alla discrezionalità amministrativa che possa produrre come esito l'ampliamento di spazi esorbitanti per la discrezionalità¹³³, non già la riduzione che in questa sede si sostiene.

In altri termini, la previsione di concetti indeterminati può rivelarsi un *escamotage* per l'amministrazione per ampliare gli spazi di discrezionalità a sua disposizione e così sfuggire al sindacato del giudice amministrativo, anziché ridurla.

Al di là del tema, sicuramente suggestivo, è doveroso soffermarsi su quest'ultimo aspetto, condividendo la tesi sostenuta da una parte della dottrina, secondo cui, laddove la legge demandi all'amministrazione valutazioni riconducibili a clausole generali, «non vi è alcuna discrezionalità e non vi è ragione per introdurre limiti particolari quanto alla cognizione del giudice»¹³⁴.

In sostanza, seguendo tale suggestione, i principi di buona fede e correttezza non rientrano nella discrezionalità amministrativa e, anzi, divengono essi stessi strumenti per ridurla nonché mezzi utili al giudice per sindacarla, oltre che a divenire, come si è sostenuto, profili valutabili dal giudice in maniera autonoma (soprattutto nel caso dell'azione di adempimento¹³⁵). Puntare su tali principi di condotta si conferma, pertanto, essere una delle strade percorribili per vedere riconosciuta la pretesa del ricorrente volta ad ottenere tutela piena e

¹³²V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, cit., p.6 ss. il quale distingue elementi fissi ed elementi elastici alla base dell'esercizio del potere discrezionale, dove i primi (gli elementi fissi) sono previsti dalla legge in maniera espressa, i secondi (gli elementi elastici) attengono alle regole che l'amministrazione deve seguire per il corretto esercizio del potere discrezionale.

¹³³A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, cit., p.9.

¹³⁴A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, p.9 ss. il quale prende ad esempio proprio le clausole generali analoghe a quelle che si riscontrano anche per l'attività privata, come lo sono, per antonomasia quelle della buona fede e o della correttezza.

¹³⁵A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, p.10, secondo cui «L'azione di adempimento, per essere efficace, richiede la pienezza della cognizione del giudice amministrativo in merito alla ricostruzione dei fatti, alla loro valutazione per i profili latamente tecnici e all'applicazione dei concetti giuridici indeterminati».

satisfattiva della posizione giuridica vantata in giudizio che sia di interesse legittimo pretensivo a fronte di un potere discrezionale dell'amministrazione.

Senza dubbio, la nuova frontiera del diritto pubblico è in questo senso proiettata alla valorizzazione e al rafforzamento dei principi di buona fede e correttezza nei comportamenti tra le parti coinvolte nel rapporto amministrativo, ossia p.a. e privato. Non a caso, infatti, il legislatore del 2020, con il decreto semplificazioni, il d.l. n. 76/2020, ha introdotto tra i principi generali che reggono l'azione amministrativa come stabiliti nell'art. 1 della legge n. 241/1990, un comma, il comma 2- bis, che stabilisce che «*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede* » e si auspica si consolidi l'idea, sostenuta in questa sede, che tra i principi introdotti rientri anche l'affidamento che ha riposto il privato quando, vittorioso in giudizio, aneli ad ottenere dall'amministrazione soccombente l'esecuzione al giudicato a sé favorevole.

5. I profili di responsabilità amministrativo-contabile dei pubblici funzionari

C'è un ulteriore profilo, poco battuto dalla dottrina, ma emerso da recenti orientamenti giurisprudenziali che, in ultima analisi, attiene allo studio delle conseguenze della condotta inadempiente posta in essere dall'amministrazione rispetto a un giudicato che la vede soccombente in giudizio.

Senza dubbio, l'inottemperanza può rientrare tra le ipotesi di responsabilità anche e soprattutto di tipo amministrativo-contabile, a carico dell'amministrazione che si dimostri tale, così come del funzionario preposto dalla stessa amministrazione che rimanga inerte dal dare esecuzione alle pronunzie giudiziali.¹³⁶

Rispetto alle precedenti osservazioni, concentrate essenzialmente sulla sentenza demolitoria del provvedimento impugnato adottata dal giudice amministrativo, le successive riflessioni intendono trattare le ipotesi in cui il giudice

¹³⁶P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, cit., p.387.

amministrativo abbia adottato una sentenza di condanna rispetto alla quale l'amministrazione e il dipendente, responsabile del procedimento in essa incardinato, siano rimasti inerti.

In tal senso, rileva l'orientamento inaugurato da una recente giurisprudenza contabile¹³⁷ che ha configurato il danno erariale patrimoniale per il compenso che l'amministrazione corrisponda al commissario *ad acta* (nominato dal giudice amministrativo) per effetto dell'inerzia dei soggetti preposti all'attuazione delle decisioni giudiziali: la nomina del commissario e i relativi costi (delle competenze e degli onorari) per l'amministrazione si sarebbero potuti evitare se il dipendente pubblico avesse adottato un comportamento diligente in ordine all'esecuzione della sentenza adottata dal giudice amministrativo.

In sostanza, il compenso dovuto dall'amministrazione al commissario *ad acta* configura un danno erariale patrimoniale.

L'intervento (doveroso) del giudice contabile si allinea all'impianto normativo che già aveva previsto nelle ipotesi (assai diverse) di silenzio – inadempimento un danno erariale, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 8, della legge n. 241/1990 secondo cui «*Le sentenze passate in giudicato che accolgono il ricorso proposto avverso il silenzio inadempimento dell'amministrazione sono trasmesse, in via telematica, alla Corte dei conti*»¹³⁸, lasciando intendere l'avvio in quella sede di un procedimento di responsabilità erariale.

Il giudice contabile, infatti, si era già espresso in precedenti occasioni proprio sul danno generato dal silenzio dell'amministrazione, condannando il dipendente inadempiente¹³⁹.

Ma il recente orientamento assume particolare importanza proprio per il peso attribuito ai due concetti, sicuramente innovativi: il primo attiene a un

¹³⁷Cfr. Corte dei conti, sez. I App., 2 ottobre 2020, n. 255.

¹³⁸In dottrina, sul tema del silenzio dell'amministrazione e delle forme di tutela per il cittadino, cfr., *ex multis*, D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo ed analisi economica*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2017, 3, p.779 ss. e S. PERONGINI, *La tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 4, p.423 ss.

¹³⁹Si pensi al caso di condanna del dirigente comunale che non ha concluso il procedimento amministrativo nei termini di legge: cfr. Corte dei conti, Puglia, 14 aprile 2016, n. 135.

nuovo connotato assegnato all'elemento soggettivo della colpa grave che si manifesta nella *reiterazione* della condotta omissiva (rispetto al giudicato) posta in essere dal dipendente pubblico agente; il secondo concerne il riconoscimento del danno erariale indiretto di cui risponde il dirigente pubblico, nel caso in cui rimanga, in maniera *ingiustificata*, inerte rispetto all'ordine del giudice amministrativo, consentendo che il provvedimento omesso sia, invece, adottato dal commissario *ad acta* designato dallo stesso giudice in sede di ottemperanza; danno erariale che è commisurato al compenso che l'amministrazione di appartenenza (del dirigente inadempiente) è condannata a corrispondere all'organo ausiliario del giudice amministrativo.

Entrando nel vivo dell'indagine sui due concetti, partendo, pertanto, dalla colpa grave, essa trova terreno fertile in sede di applicazione delle controversie sottoposte al vaglio del giudice contabile in ordine, in particolare, alla responsabilità amministrativo – contabile¹⁴⁰.

I tratti essenziali della responsabilità amministrativo-contabile dei dipendenti pubblici sono noti: condizione imprescindibile perché si configuri la responsabilità in esame è la sussistenza di un rapporto di servizio tra il dipendente pubblico e l'amministrazione pubblica a cui appartiene e che, presumibilmente, ha subito un danno dalla sua attività in quanto contraria ai fini istituzionali.

Altri elementi essenziali consistono nella sussistenza di un nesso causale tra la condotta tenuta dal dipendente e i danni, concreti e attuali, subiti dall'amministrazione¹⁴¹ e nell'elemento soggettivo della colpa grave e del dolo,

¹⁴⁰Cfr., sul punto, L. SCHIAVELLO, (voce) *Responsabilità amministrativa*, in *Enc. dir.*, 1999, III agg, p.895 ss.; S. CIMINI, *Colpa della P.A. e colpa grave del dipendente pubblico*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna 15-17 settembre 2005, Milano, Giuffrè, 2006, p.685 ss.; E. FOLLIERI, *Pluralità di modelli di responsabilità amministrative e possibile unificazione sotto il modello comunitario*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 3, p.703 ss.; G. BOTTINO, (voce) *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. dir.*, 2017, Annali X, p.756 ss.; V. RAELI, *Lezioni di contabilità pubblica. La responsabilità amministrativa e contabile*, Bari, Cacucci, 2018, *passim*.

¹⁴¹D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, in *www.altalex.it*, p.8, il quale precisa che «*al danno sia arrecato nell'esercizio di una attività qualificabile come illecita, commissiva od omissiva, connessa con tale rapporto, sia che ne costituisca diretta esplicazione, sia*

come criteri ordinari di imputazione nei confronti di qualsiasi dipendente pubblico.

La responsabilità amministrativo-contabile del dipendente pubblico in generale trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 28, secondo cui «*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*».

A livello legislativo, invece, le disposizioni generali che prevedono la responsabilità amministrativo – contabile del dipendente pubblico e - aspetto che più interessa in questa sede – il concetto di colpa grave sono gli artt. 22 e 23 del d.P.R. n. 3 del 1 gennaio 1957 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato). In forza del combinato disposto di queste ultime disposizioni, è considerato danno ingiusto, alla base della responsabilità verso terzi, quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o, per l'appunto, per colpa grave.

Il richiamo al concetto di colpa grave come criterio ordinario di imputazione della responsabilità amministrativo - contabile si rintraccia nella disciplina generale in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, dettata dalla legge n. 20 del 14 gennaio 1994. L'art. 1, comma 1, della richiamata legge così prevede: «*La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*».

Da ultimo, anche alla luce delle modifiche apportate dal decreto semplificazioni del 2020, l'inquadramento della colpa grave «*presuppone l'esatta individuazione del parametro violato*»¹⁴².

che abbia carattere strumentale o strutturale per l'esercizio della funzione stessa». Cfr., sul tema, F. CARDARELLI, La responsabilità amministrativa dell'esercente la professione sanitaria nell'art.9 della legge 24/2017. Note critiche, in G. ALPA (a cura di), La responsabilità sanitaria (commento alla l. 8 marzo 2017, n.24), Pisa, Pacini Giuridica, 2017, p.375 ss.

¹⁴²Cfr., M. AVOSSA, È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo, in *Rivista on line Cammino diritto*, 5 novembre 2020, p.6.

Infatti, la valutazione effettuata dal giudice contabile sulla colpa grave è direttamente proporzionale alle funzioni e alla qualificazione professionale dell'agente: più sono alte queste ultime, più rigore necessita la valutazione della colpa grave¹⁴³.

A tale profilo oggetto di valutazione, se ne aggiungono altri due: il primo attiene alla prevedibilità dell'evento lesivo e alla sua evitabilità attraverso l'osservanza della regola cautelare violata¹⁴⁴; l'altro riguarda il grado di esigibilità della condotta normativamente prevista, anche in considerazione delle condizioni concrete in cui è posto in essere il comportamento.

In quest'ultimo profilo oggetto di valutazione vi rientra - e qui sta la portata innovativa del recente orientamento del giudice contabile - anche la condotta *«ingiustificata e reiterata da parte del soggetto pubblico agente consistente nella inottemperanza all'ordine del giudice, meglio definita come la colpa grave per illecito omissivo di un paradigma»*¹⁴⁵, da cui deriva (indirettamente) un pregiudizio all'erario pubblico, dal momento che l'amministrazione ha dovuto sopportare delle spese relative al compenso spettante al commissario *ad acta*¹⁴⁶ (nei termini di costo delle competenze ed onorari del commissario *de quo*) che ha agito al posto del dipendente rimasto inadempiente; spese che, si ribadisce, si sarebbero potute evitare se il comportamento del soggetto agente si fosse mosso in segno opposto. Ciò al netto di ulteriori ed eventuali costi sopportati dall'amministrazione che potrebbero configurare un'ulteriore ipotesi di danno patrimoniale erariale, ossia

¹⁴³Questo avviene principalmente nelle ipotesi di colpa professionale, ad esempio nel caso dei medici e degli operatori sanitari. Cfr. Corte dei Conti, Lazio, 12 gennaio 2010, n. 36.

¹⁴⁴Corte dei Conti, Piemonte, 11 aprile 2017, n. 29; Corte dei Conti, Toscana, 17 settembre 2014, n. 135.

¹⁴⁵L. D'ANGELO, *Danno erariale e silenzio amministrativo*, in *Diritto & Conti*, 10 ottobre 2020, p.2 che, commentando della sentenza della Corte dei conti n. 225 del 2020, ne richiama la seguente argomentazione *«...la condotta gravemente colposa dell'appellante che ha disatteso immotivatamente e, quindi, per colpa grave, le disposizioni del giudice amministrativo causando il danno contestato»*.

¹⁴⁶Cfr. Corte dei conti, sez. I App., 2 ottobre 2020, n. 255. Cfr. anche M. AVOSSA, *È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo*, cit., 1 ss.

quelli cd. di soccombenza in giudizio, se liquidate dal giudice amministrativo all'esito del giudizio¹⁴⁷.

In particolare, la colpa grave si configurerebbe nelle ipotesi di un'evidente e marcata trasgressione di un obbligo di servizio o di una regola di condotta o, come sintetizzato in maniera più esaustiva, «*in condotte che denotino una sprezzante trascuratezza dei propri doveri [o obblighi di servizio], resa ostensiva da un comportamento improntato alla massima negligenza o imprudenza, ovvero ad una particolare noncuranza degli interessi dell'Ente amministrato o ancora a grossolana superficialità nell'applicazione di norme di diritto*»¹⁴⁸.

Dove negli obblighi di servizio vi rientrerebbe anche l'adempimento degli ordini impartiti dal giudice amministrativo che sono ontologicamente ravvisabili e riconoscibili *ex ante*, nonché eseguibili¹⁴⁹ e che se non ottemperati dal soggetto agente, senza alcun motivo, configurerebbero la colpa grave.

Pertanto, la sussistenza della colpa grave così delineata si rifletterebbe chiaramente sulla responsabilità amministrativo – contabile per danno erariale indiretto nei confronti del dipendente pubblico agente, dove per danno indiretto si intende quello che sia stato procurato a terzi e nei cui confronti l'amministrazione di appartenenza, in forza di un accordo transattivo o di una sentenza di condanna, sia tenuta al risarcimento del danno.

In sostanza, perché si configuri il danno erariale indiretto, il nesso di causalità deve intercorrere tra il danno subito dall'amministrazione pubblica e la condotta dell'agente, non già tra quest'ultima e le lesioni subite dal terzo, dove

¹⁴⁷Cfr. L. D'ANGELO, *Danno erariale e silenzio amministrativo*, cit., p.2, il quale, sul punto, chiarisce che «*trattasi, d'altronde, di una tipologia di pregiudizio patrimoniale sovente portata alla cognizione del giudice erariale che più volte ha riconosciuto, appunto, il cd. danno indiretto per "spese di soccombenza" poste a carico dell'amministrazione e liquidate nell'ambito di un processo civile o amministrativo (spese generalmente oggetto da parte della p.a. del riconoscimento di un debito fuori bilancio ex art. 194 T.U.E.L.)*».

¹⁴⁸Corte dei Conti, Friuli Venezia Giulia, 1 aprile 2015, n. 21 e Corte dei Conti, Sicilia, 15 dicembre 2003, n. 259 che stabilisce che in sostanza, la colpa grave consiste «*nella mancanza di diligenza, violazione di disposizioni di legge, sprezzante trascuratezza dei propri doveri, non osservanza del minimo di diligenza richiesto rispetto alle mansioni, agli obblighi e doveri di servizio*» per cui deve trattarsi di «*errori inescusabili per la loro grossolanità, assenza di cognizioni fondamentali, difetto del minimo di perizia tecnica, esperienza e capacità professionale*».

¹⁴⁹M. AVOSSA, *È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo*, cit., p.7.

il danno subito dall'amministrazione riguarderebbe proprio il detrimento patrimoniale seguito all'esborso pecuniario, al di là e indipendentemente dai danni subiti dal terzo, laddove il dipendente pubblico sia convenuto per il danno cagionato all'amministrazione medesima¹⁵⁰.

Senza dubbio anche questo orientamento della giustizia contabile apre uno spiraglio sufficiente a ridurre la possibilità di inosservanza del giudicato da parte dell'amministrazione.

Normalmente, infatti, i presupposti costitutivi della responsabilità amministrativa – contabile attengono alla coesistenza di specifici fattori, ossia la sussistenza del rapporto di servizio e « *l'esercizio di un'attività amministrativa contraria ai fini istituzionali nell'espletamento di una funzione connessa al rapporto di servizio medesimo*»¹⁵¹, nonché il verificarsi di un danno (all'erario) concreto e attuale collegato, dal nesso di causalità, alla condotta dell'agente e, quindi, alla presenza dell'elemento psicologico del dolo e della colpa grave (come descritta). Ad oggi l'azione amministrativa contraria ai fini istituzionali si colorerebbe diversamente, dal momento che «*l'inerzia dell'agente realizza un'azione (nel caso sia diversa dal precetto) oppure un'omissione in violazione degli obblighi derivanti dal rapporto che lo lega alla pubblica amministrazione*»¹⁵².

L'auspicio è che il recente orientamento inaugurato dal giudice contabile non rimanga un caso isolato, ma trovi seguito nel futuro, anche a livello legislativo, dando il via al pieno riconoscimento di una forma di responsabilità del dipendente per mancata esecuzione del giudicato.

¹⁵⁰Cfr. Corte dei Conti, Lazio, 12 gennaio 2010, n. 36 che si è occupata segnatamente della responsabilità del medico. Sul punto, sia consentito rinviare a G. URBANO, A. GORGOGLIONE, *La colpa grave nella giurisprudenza della Corte dei conti e del giudice ordinario*, in *www.giustamm.it*, 2020, 5, paragrafi i parr. 1, 7, 8, 10.

¹⁵¹M. AVOSSA, *È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo*, cit., p.8.

¹⁵²M. AVOSSA, *È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo*, cit., p.8, la quale, sul punto, precisa che «*in tali casi la condotta antidoverosa è causa di responsabilità e si accompagna alla simultanea presenza degli altri elementi costitutivi della responsabilità amministrativa-contabile, ovvero sia il danno, la colpevolezza, il nesso causale tra la condotta dell'agente ed il danno all'erario*».

Infatti, se la giustizia contabile si è soffermata sulla responsabilità per colpa grave dei dipendenti che abbiano eluso «*l'attuazione del giudicato con condotte dilatorie, omissive e pretestuose, condannandoli a rifondere le spese sostenute, anche per l'ottemperanza, dall'Amministrazione soccombente, in quanto costituenti danno erariale*»¹⁵³ e, con la recente pronuncia, anche per l'inerzia, il costrutto regge ancora di più laddove il comportamento omissivo o elusivo o inerte sia realizzato con dolo dal dipendente agente.

La via intrapresa pone un rilevante tassello ai fini della realizzazione piena del principio di effettività della tutela, «*a danno dei muri invalicabili che la burocrazia amministrativa sovente erige a discapito della tutela delle situazioni giuridiche soggettive*»¹⁵⁴.

Certo è che una spinta (nel senso di scongiurare il rischio che le pronunce giudiziali restino ineseguite) è data proprio dal legislatore che nel recente decreto cd. semplificazioni, ossia il d.lg. n. 76 del 16 luglio 2020, convertito in legge n. 120/2020, è vero che ha previsto che l'azione di responsabilità venga limitata al solo profilo del dolo per le azioni, non già per le omissioni, per cui il criterio di imputazione rimane il dolo insieme alla colpa grave, ma se ci si spinge a sostenere, come descritto, che l'attuazione del giudicato diventa una condotta dovuta dal dipendente titolare del relativo obbligo di servizio, anche il dettato legislativo assume una sfumatura diversa.

Infatti, l'intervento legislativo spingerebbe l'amministrazione e il dipendente, in particolare, ad agire piuttosto che a rimanere inerte, dal momento che in caso di danno proveniente da una condotta commissiva risponderebbe solo per dolo; in caso di inerzia, invece, continuerebbe a rispondere anche per colpa grave che, come noto, ha un campo di applicabilità molto più ampio.

Senza dubbio, il profilo che merita maggiore attenzione in questa sede attiene al grado di tutela maggiore che in questo modo, sia con i recenti orienta-

¹⁵³M. AVOSSA, *È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo*, cit., p.9, nota 15.

¹⁵⁴L. D'ANGELO, *Danno erariale e silenzio amministrativo*, cit., p.1.

menti giurisprudenziali sia con gli ultimi interventi legislativi, viene garantita al singolo cittadino che si relazioni con la pubblica amministrazione, in ossequio al principio di effettività della tutela, che si manifesta anche nella fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, considerato un *«tratto costituzionalmente necessario per la completa attuazione del diritto di difesa declinato dall'art. 24 della Costituzione»*¹⁵⁵. L'attuazione del giudicato si configura come una condotta dovuta dal dipendente pubblico in quanto rientrante nei suoi obblighi di servizio che se non posta in essere, senza alcun motivo o in maniera reiterata, si qualifica come colpa grave alla base della responsabilità amministrativo – contabile.

Si resta in attesa di altre pronunce giudiziali in tal senso o di un intervento legislativo che rappresenterebbero l'affermazione e la conferma del riconoscimento di una maggiore tutela del privato dinanzi all'amministrazione e di una spinta, che parte soprattutto dal legislatore, a rendere i comportamenti dei funzionari pubblici diligenti e corretti, come imposti dalla Costituzione¹⁵⁶ e in ossequio ai principi di buona fede e correttezza che devono muovere i rapporti tra cittadino e amministrazione non solo nell'ambito dei rapporti sostanziali ma anche in quelli strettamente processuali.

¹⁵⁵M. AVOSSA, *È danno erariale il compenso corrisposto dalla p.a. al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo*, cit., p.1.

¹⁵⁶Il riferimento è agli artt. 54 e 98 della Costituzione, ai sensi dei quali *«I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore»* (art. 54, co. 2) e *«I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione»* (art. 98, co. 1).

MADDALENA IPPOLITO

Assegnista di ricerca per il SSD-IUS/10 Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di
Giurisprudenza dell'Università di Foggia

maddalena.ippolito@unifg.it

**IL PATRIMONIO DIGITALE DELLA CULTURA:
UN'OPPORTUNITÀ DI FRUIZIONE DEI BENI CULTURALI
“SENZA BARRIERE”**

**THE DIGITAL HERITAGE OF CULTURE: AN OPPORTUNITY TO
ENJOY CULTURAL HERITAGE “BARRIER-FREE”**

SINTESI

Il lavoro, affrontando una problematica di viva attualità qual è il percorso inerente alla digitalizzazione del patrimonio culturale, intende rimarcare la vera funzione sociale dei beni culturali, la cui disponibilità universale e, ancor più, “senza barriere” fisiche o cognitive è il fine ultimo dell'art. 9 della Costituzione.

Le riflessioni si muovono nel solco dei recenti orientamenti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, soffermandosi sull'analisi dell'impatto dell'intelligenza artificiale nel percorso di rivoluzione digitale del patrimonio culturale e sulla “nascita” di un bene culturale digitalizzato che attinge, dalla dimensione immateriale del bene di base, il proprio “valore” culturale.

ABSTRACT

The paper addresses a very topical issue such as the path inherent in the digitization of cultural heritage and it emphasizes the true social function of cultural heritage, whose universal availability and, even more, “barrier-free” physical or cognitive: this is the ultimate goal of the article 9 Cost.

The reflections concern the recent orientations of the PNRR, focusing on the analysis of the impact of artificial intelligence in the digital revolution of cultural asset that draws its “cultural value” from the immaterial dimension of the analog good.

PAROLE CHIAVE: PNRR – fruizione dei beni culturali – digitalizzazione – bene culturale digitalizzato – Patrimonio digitale della cultura.

KEYWORDS: PNRR – use of cultural heritage – digitization – digitized cultural asset – Digital revolution of culture.

INDICE: 1. Premessa – 2. Cenni storico-evolutivi: dalla nozione di patrimonio culturale al patrimonio digitale della cultura – 3. Le tecnologie emergenti come veicolo primario ad una fruizione del patrimonio culturale “senza barriere” – 4. Alcune applicazioni pratiche delle tecnologie emergenti e di *Blockchain* per una tutela, valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale 4.0 – 5. Brevi considerazioni (non) conclusive

1. Premessa

Il processo di digitalizzazione e di innovazione dei Musei e degli altri luoghi di cultura consente di esplorare e di interagire con il patrimonio culturale operando una ridefinizione e un miglioramento della qualità dei servizi resi, a utenti e cittadini, orientato verso l'inclusività sociale. In un sistema organico di rivoluzione digitale, l'ausilio di strategie improntate ad una fruizione virtuale del patrimonio culturale, permette lo sviluppo di applicazioni per la predisposizione di un archivio distribuito – in cui catalogare le opere in custodia presso i musei e gli altri luoghi di cultura – e incentiva la creazione di nuovi contenuti culturali e lo sviluppo di servizi digitali, da parte di imprese culturali/creative o di *start-up*, con l'obiettivo finale di stimolare un'economia basata sulla circolazione della conoscenza.

In questo contesto il Museo, in qualità di promotore del *welfare* culturale, si impegna a garantire la transizione dalla dimensione analogica a quella digitale, con conseguente superamento delle difficoltà di accesso alle strutture, anche attraverso approcci partecipativi e dinamici, che consentano di ampliare le modalità di fruizione dei beni culturali, anche a persone diversamente abili.

È in questa prospettiva che l'utilizzo delle tecnologie emergenti – tra le quali annoveriamo la *Blockchain* – si propone l'obiettivo di costituire una nuova relazione tra tecnologia e patrimonio culturale, che non si limiti all'ambito della conservazione, ma ambisca ad una rilettura della nozione di bene culturale che, in quanto “bene di fruizione”¹ digitale, è strumentale a perseguire gli obiettivi

¹Per una puntuale ricostruzione della fattispecie cfr. P. FORTE, *Il bene culturale pubblico digitalizzato. Note per uno studio giuridico*, in questa Rivista, 2, 2019, pp. 245 e ss., spec. p. 265. Cfr.,

della promozione e dello sviluppo della cultura che «*lo Stato [...] deve assicurare alla collettiva (nel) godimento dei valori culturali espressi da essa*»².

Nell'ottica di un (*r*)evolution digitale, questo nuovo paradigma, vertente sulla conservazione dei beni culturali, tramite la realizzazione di una rete, e la fruizione universale del bene culturale digitalizzato, potrebbe fungere da incentivo per creare le condizioni per una più efficace valorizzazione del patrimonio culturale³.

Poste tali premesse, merita di essere attentamente scandagliato il carattere di immaterialità dell'entità da tutelare ripercorrendo l'iter seguito con l'accoglimento della nozione di patrimonio culturale, in attuazione dell'art. 9, comma 1, Cost., e la prospettazione di un patrimonio digitale della cultura, con contestuale estensione dell'utilizzabilità universale e libera del bene culturale digitalizzato.

2. Cenni storico-evolutivi: dalla nozione di patrimonio culturale al patrimonio digitale della cultura

Uno dei fattori che ha contribuito all'evoluzione della nozione di patrimonio culturale è, senza dubbio, una rinnovata interpretazione del complesso di attività pubbliche attraverso le quali l'amministrazione persegue l'interesse della collettività «*a fruire dei valori culturali espressi dal nostro patrimonio storico-artistico*»⁴.

altresì, per alcuni spunti di riflessione diretti a discutere alcuni aspetti del saggio di L.R. PERFETTI, *Il bene pubblico ai tempi dell'assenza della cosa. Appunti per una possibile (contro)teoria dei beni pubblici*, in questa Rivista, 2, 2019, pp. 303-310.

²In questi termini cfr. Corte cost., 6 marzo 1990, n. 118, in *Foro it.*, I, 1990, p. 1101; in dottrina cfr., *ex plurimis*, F. MERUSI, *Sub art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1975.

³«*La valorizzazione è tensione al miglioramento nella attuazione del servizio di fruizione [...] La funzione di valorizzazione [...] presuppone un prius, consistente nell'ordinaria attività di fruizione del patrimonio culturale. La fruizione precede la valorizzazione in quanto inscindibilmente connessa alla tutela della quale rappresenta lo sbocco necessario [...] La valorizzazione presuppone un quid pluris. Essa attinge ai modi attraverso i quali si incrementa la conoscenza del bene e si accresce il livello qualitativo e quantitativo della fruizione, ed interviene su un bene già tutelato e, di regola, fruibile*»: in questi termini cfr. *Relazione illustrativa al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in www.documenti.camera.it, 2005. Sui termini generali della nozione di valorizzazione cfr., *ex multis*, L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, pp. 651 e ss.; F. MERUSI, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 1 e ss.; S. CASSESE, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, pp. 673 e ss.

⁴Così G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Le regioni*, 1987, p. 57.

Il nucleo centrale, di tale nuovo volto dell'amministrazione pubblica, è rappresentato dall'impatto delle nuove tecnologie applicate al patrimonio culturale che, attraverso la globalizzazione dei contenuti e la fruizione virtuale, garantisce l'attuazione del predetto valore culturale. Da un lato, gli interventi di valorizzazione devono realizzarsi, nel rispetto delle norme in tema di tutela, tenendo conto del valore globale dei beni culturali⁵, dall'altro, ogni cittadino può, connettendosi con un *account* personale, fruire del bene culturale (*digitally born* o transitato su supporto digitale). Si tratta, in breve, di una strategia, improntata alla rivoluzione digitale⁶, volta a "superare le barriere" fisiche e/o cognitive dei musei o degli altri luoghi di cultura e tesa a predisporre nuove e più aggiornate tecnologie di conservazione, a difesa dell'integrità del bene culturale, che affianchino, alla preservazione a vantaggio delle generazioni future, garanzie per una fruizione collettiva.

È, indubbiamente, merito della Convenzione Unesco, del 23 novembre 1972, e delle politiche internazionali, in materia di protezione dei beni culturali, rimarcare, la preminente rilevanza delle questioni riguardanti la conservazione e la valorizzazione, sul piano mondiale, del patrimonio culturale.

⁵Sulla globalizzazione dei beni culturali cfr., *amplius*, L. CASINI, *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2010.

⁶«La rivoluzione digitale è tale perché la tecnologia è diventata un ambiente da abitare, una estensione della mente umana, un mondo che si intreccia con il mondo reale e che determina vere e proprie ristrutturazioni cognitive, emotive e sociale dell'esperienza, capace di rideterminare la costruzione dell'identità e delle relazioni, nonché il vissuto dell'esperire», in questi termini T. CANTELMINI, *Nella "Rete" della società dell'informazione*, 55° Convegno della Cittadella di Assisi, 27-31 dicembre 2000. Cfr., altresì, per un intervento riformatore, nell'ottica della valorizzazione della disintermediazione, asservito al principio del *trust by computation*, L. AVITABILE, *Presentazione*, in B. ROMANO, *Algoritmi al potere. Calcolo giudizio-pensiero*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. XIII e ss., ad avviso del quale «la scienza della computazione si è sviluppata in modo straordinariamente veloce e l'elaborazione dei big data viene fatta mediante la programmazione di un risultato, individuato e raggiunto secondo il grado di certezza proprio dei numeri, palesando una desertificazione della parola che, destrutturata, mette in crisi la sua polisemia, con ricadute rilevanti sul concetto di interpretazione che, diventando progressivamente monosemica, afferma un'ermeneutica funzionale univoca. Una volta ideati, gli algoritmi operano con il potere della riduzione computazionale di elementi centrali dell'esistenza e della coesistenza. [...] per l'algoritmo, l'interesse degli elementi elaborati è calcolabile, quantificabile, misurabile secondo un linguaggio numerico. Ma quel che interessa maggiormente è la trasformazione della libertà umana, gli elementi empatici, in quantità calcolabili, trattati dalle procedure algoritmiche, che incidono sulla realtà delle persone destinate ad una produzione di dati serializzati, attraverso una profilazione di massa non immediatamente percepibile, che condiziona e sagoma le azioni della soggettività».

Con l'accordo multilaterale in materia di *Recupero e protezione di Beni culturali* vengono, per la prima volta, individuati, includendoli in una lista, i beni culturali, le città e i siti culturali la cui protezione è un diritto-dovere di tutti i popoli del mondo⁷. Questa nuova e originale visione che informa la nozione di patrimonio culturale dell'umanità, presenta almeno due aspetti d'interesse. Il primo afferisce all'obbligo, per ogni Stato aderente alla Convenzione, di dover assicurare l'identificazione, la protezione, la conservazione e la trasmissione alle generazioni future del patrimonio culturale e naturale; il secondo, travalicando l'appartenenza territoriale e amministrativa del bene, sottolinea che il suo "valore" coinvolge la sensibilità, l'immaginazione e la cultura di tutti i cittadini del mondo.

All'esigenza di salvaguardare il patrimonio culturale immateriale si affiancano, invece, gli scopi della Convenzione Unesco del 2003, ratificata dall'Italia nel 2007, nell'ambito della quale furono adottate misure idonee a procedere: all'identificazione dei "beni" rientranti nella categoria; alla catalogazione del patrimonio immateriale presente sul territorio, realizzata attraverso la compilazione di uno o più inventari; alla protezione e alla valorizzazione del bene culturale immateriale al fine di favorirne la trasmissibilità alle generazioni future e suscitare l'apprezzamento a livello locale, nazionale e internazionale.

In piena sintonia con tali tendenze emerge la categoria giuridica unitaria del patrimonio culturale, *ex art. 2 D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*⁸, evocativa dell'art. 9 Cost., nella quale si è inteso ricomprendere i beni, culturali e paesaggistici, aventi "valore culturale". L'idea di fondo, sottesa alla nozione di patrimonio culturale (limitatamente al contesto nazionale di riferimento), mira a superare la "realità" delle cose rientranti nell'alveo dei c.d. beni culturali, per sof-

⁷In argomento cfr., *amplius*, V. PEPE, *Il paesaggio naturale e culturale e il patrimonio mondiale dell'umanità*, in A. CATELANI, S. CATTANEO (a cura di), *I beni e le attività culturali*, in AA. VV., *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XXXIII, Padova, Cedam, 2002, pp. 45 e ss.

⁸Per un'esposizione sistematica delle disposizioni codicistiche cfr., *ex plurimis*, E. FOLLIERI, *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio. I beni culturali*, vol. I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

fermarsi sul valore immateriale del bene come testimonianza avente valore di civiltà⁹, e a dare rilevanza (e ancor più tutela) ai beni culturali immateriali, la cui tangibilità è esclusa.

Nell'evoluzione del concetto di patrimonio culturale non può sottacersi, altresì, l'attenzione, dell'Unione Europea, allo sviluppo del c.d. patrimonio culturale europeo, evincibile dall'art. 3, comma 3, del TUE, e alla valorizzazione del *cultural heritage*, ex art. 167 del TFUE, ratificato con L. 2 agosto 2008, n. 130, a mezzo del quale si intende promuovere la diversità culturale dei valori sottesi a ogni comunità.

In un'ottica di apertura, della nozione di patrimonio culturale, all'immaterialità¹⁰ – traendo ispirazione dalla *UNESCO charter for the Preservation of the Digital Heritage*¹¹ e dalla Raccomandazione del 22 febbraio 2017 su *The European Cultural Heritage Strategy for the 21st Century* – si inseriscono le prime riflessioni sulla transizione digitale dei beni culturali, partendo dall'assunto che il “nuovo” bene digitalizzato possa contraddistinguersi, per tratti inediti, rispetto alla sua

⁹Cfr. S. CATTANEO, *Cultura e patrimonio culturale*, in AA. VV., *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 27 s., ad avviso del quale «il vero oggetto della tutela di quelli che sono chiamati beni culturali, [...] è ancorata ad una nozione restrittiva, attenta in prevalenza alla “realità” delle cose e dei rapporti giuridici ad esse relativi, è costituito piuttosto da un'entità immateriale rappresentabile in un valore culturale: valore che si proietta per intero nella fruizione da parte della collettività e che costituisce l'unica ed autentica fonte di qualsiasi vicenda giuridica che possa, nella vita del bene, sovrapporsi ad altre, comprese quelle inerenti alle “cose” che eventualmente concorrono a costituirlo; formativo o divulgativo di cultura (art. 112), vuoi quello che si sia consumato nella produzione artistica o scientifica».

¹⁰Per aver anticipato l'esistenza dei beni culturali immateriali cfr., S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *L'amministrazione dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1976, 177 ss. e ID., *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 781 ss.; nonché, G. MORBIDELLI, *Dei beni culturali immateriali*, in G. DE GIORGI CEZZI, G. GRECO, G. MORBIDELLI, P.L. PORTALURI, F.G. SCOCA (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, I, Napoli, ESI, 2018, pp. 580 e ss.; L. CASINI, “Noli me tangere”: i beni culturali tra materialità e immaterialità, in *Aedon*, 2014, pp. 1 e ss.

¹¹L'art. 1 della Carta per la conservazione del patrimonio digitale statuisce che il patrimonio culturale ricomprende «risorse culturali, formative, scientifiche e amministrative, come anche informazioni di natura tecnica, giuridica, medica e di altro genere, create in digitale, o convertite in forma digitale a partire da risorse analogiche già esistenti. Se si tratta di risorse “create in digitale”, l'unico formato è l'oggetto digitale. I materiali digitali comprendono testi, database, immagini fisse e in movimento, audio, grafica, software e pagine web, in un'ampia e crescente varietà di formati. Sono formati spesso effimeri, che per poter essere conservati vanno prodotti, mantenuti e gestiti in modo adeguato. Molte di queste risorse hanno valore e significato duraturi e costituiscono pertanto un patrimonio che deve essere protetto e conservato per le generazioni attuali e future. Questo patrimonio in continua espansione può esistere in qualunque lingua, in qualunque parte del mondo e in qualunque sfera della conoscenza o dell'espressione umana».

versione analogica¹² e, solo in ipotesi residuali, possa assurgere a una mera replica del bene materiale¹³. Tale approccio crea le basi per una nozione di patrimonio culturale digitalizzato.

Nell'imperante esigenza di favorire un processo di digitalizzazione del patrimonio culturale, è, altresì, opportuno ricostruire gli interventi più recenti sul tema. Le ultime tappe dell'articolato percorso riformatore nazionale sono costituite dal monitoraggio costante dei trend tecnologici, previsto nell'ambito del Piano triennale per la Digitalizzazione e l'Innovazione dei Musei, e dagli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), orientato ad una rilettura della nozione di patrimonio culturale.

L'idea di fondo che ha attraversato il Piano triennale per la Digitalizzazione e l'Innovazione dei Musei, nell'agosto 2019, è congeniale alla predisposizione di un modello che, attraverso l'uso delle tecnologie emergenti, consente di migliorare la capacità dei musei di gestire il patrimonio culturale, in punto di tutela e conservazione, e di stimolare nuove modalità di valorizzazione (in termini di fruizione e accesso) dei beni culturali digitalizzati. L'opzione assunta, dalla Direzione generale Musei, nel Piano, è volta a evitare l'identificazione di

¹²Una posizione radicalmente contraria all'esplicita previsione di nuovi e autonomi beni culturali immateriali si rinviene in P. CARPENTIERI, *Digitalizzazione, banche dati digitali e valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, 3, 2020, secondo il quale «è errato pensare che le riproduzioni digitali caricate in internet costituiscano nuovi, autonomi "beni culturali immateriali". Caso mai si tratta di nuovo "uso" del valore immateriale contenuto nel (ed espresso dal) bene culturale (materiale). [...] in realtà non è l'"oggetto" della disciplina che cambia, ma la "disciplina" dell'oggetto (la disciplina di un suo nuovo uso possibile, effettuato attraverso un mezzo innovativo, che si affianca a quelli tradizionali). [...] le riproduzioni in digitale del bene culturale sono copie digitali del bene culturale reale (che è necessariamente una *res corporalis*)».

¹³In argomento cfr., *amplius*, P. FORTE, *Il bene culturale pubblico digitalizzato. Note per uno studio giuridico*, cit., pp. 256 e ss. ad avviso del quale «per provare a rilevare i connotati di un bene culturale che sia stato digitalizzato, può anzitutto sorgere la tentazione di ritenere che la digitalizzazione consista, sostanzialmente, in una mera riproduzione, funzione che è ampiamente, e da molto tempo, conosciuta per i beni culturali; [...] ed in secondo luogo, che la digitalizzazione ha anche la possibilità, per la colmare la possibile perdita di "testimonianza" [...] di aggiungere alla riproduzione [...] una serie di potenzialità, che anche nelle operazioni più elementari ne consentono, ad esempio, una più accurata possibilità di studio, una moltiplicazione ed un approfondimento delle esperienze percettive, ma soprattutto di fornire contenuti e strumenti cognitivi di vario genere, [...] che suppliscono a ciò che si perde con la mancanza di coesione ed originalità, la diminuzione dell'aura, ed aumentano la capacità di veicolare conoscenza, riapportando ed aggiungendo così valore»; sulla tematica del digitale come nuova forma di bene culturale cfr., altresì, D. DONATI, *La digitalizzazione del patrimonio culturale. Caratteri strutturali e valore dei beni, tra disciplina amministrativa e tutela delle opere d'ingegno*, in questa Rivista, 2, 2019, pp. 323-337.

uno specifico ente delegato all'archiviazione dei beni culturali, ipotizzando l'uso dell'intelligenza artificiale, e nello specifico della tecnologia *Blockchain*, allo scopo di creare un archivio digitale, basato su tecnologie di registro distribuito, in cui catalogare tutte le opere in loro possesso, inclusi i prestiti, le cessioni, la proprietà, la datazione e gli autori.

La tecnologia *Blockchain*, consentendo di risalire all'*input* e all'*output* di ogni processo, affianca ad un blocco 0 successivi blocchi dotati di ogni informazione relativa a una determinata operazione, in modo lineare e interconnesso. Ad ogni blocco è apposta una firma univoca e vengono ivi conservate tutte le operazioni compiute creando una catena interconnessa che rende immutabili le scelte adottate. Il dato è imm modificabile e, dopo essere stato validato, confluisce in un database distribuito che non si trova fisicamente su un solo *server*, ma su più computer perfettamente sincronizzati; pertanto, ogni modifica od alterazione improvvisa o fraudolenta emergerebbe dal solo raffronto con le matrici detenute dagli altri blocchi¹⁴.

¹⁴«La blockchain è un database distribuito. [...] Il sistema distribuito si pone in alternativa al classico modello client-server, in cui le informazioni transitano da un centro (il server) e si diramano mediante i downloads dei clients; piuttosto, esse sono replicate in una serie di computer (detti "nodi"), in una posizione di parità»: in questi termini cfr. A.M. GAMBINO, C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 3, 2019, p. 625. Cfr., altresì, O. LASMOLES, *La difficile appréhension des blockchains par le droit*, in *Revue internationale de droit économique*, 4, 2018, pp. 453 e ss. e B. BARRAUD, *Les blockchains et le droit*, in *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 147, 2018, pp. 48 e ss. ad avviso del quale una *Blockchain* può rievocare (usando una metafora) l'idea di un grande libro contabile aperto e non falsificabile, a libera consultazione e nel quale è possibile scrivere sotto il controllo di tutti, nella consapevolezza di quanto già scritto e che quanto scritto è imm modificabile. Una pagina di un libro corrisponderebbe ad un blocco, mentre la sua rilegatura costituirebbe la catena. Per una ricostruzione tecnica della tecnologia *Blockchain* cfr. L. PAROLA, *Blockchain e contratti intelligenti: uno sguardo al mercato dell'energia*, in E. Bruti LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), *Il teleriscaldamento, la Blockchain e i contratti intelligenti*, Padova, Cedam, 2019, pp. 93 e ss.; F. FAINI, *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in *www.federalismi.it*, 27 maggio 2020, pp. 93 e ss.; F. SARZANA di S. IPPOLITO, M. NICOTRA, *Diritto della Blockchain, intelligenza artificiale e IOT*, Milano, Wolters Kluwer, 2018 e M. FAIOLI, E. PETRILLI, D. FAIOLI, *Blockchain, contratti e lavoro. La ri-rivoluzione del digitale nel mondo produttivo e nella PA*, in *Economia e lav.*, 2016, pp. 143 e ss. Cfr., per gli effetti dell'Intelligenza Artificiale sull'attività amministrativa e sul regime delle responsabilità M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 1-2, 2020, pp. 71 e ss.; E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giur. it.*, 7, 2019, pp. 1657 e ss.; nonché, per ulteriori indicazioni, R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, pp. 315 e ss.

Una soluzione siffatta, applicata al patrimonio archivistico e librario, ha consentito, previa creazione di una rete interoperabile, di intraprendere un'opera di reingegnerizzazione dei cataloghi, superando i numerosi limiti in punto di fruizione. La transizione digitale ha, altresì, attivato, nella produzione di risorse digitali da mettere a disposizione degli utenti, attraverso una modalità di accesso digitale a distanza, alternativa rispetto a quella reale, un processo di trasformazione della fruizione dei beni culturali, cui si affianca l'incessante lotta al *digital divide*.

La predisposizione di un archivio distribuito mira a connettere tutti i musei e/o gli altri luoghi di cultura, partecipanti alla "catena", qualificandoli come garanti dell'autenticità delle informazioni in loro possesso e, in un contesto dominato dalla collaborazione/interazione *peer-to-peer*, consente un'attività di valorizzazione che sfrutti sia le potenzialità attrattive del bene culturale che gli innovativi modelli di presentazione dei contenuti¹⁵.

Nello stesso senso, la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, presentata dal Consiglio d'Europa a Faro il 27 ottobre 2005 e ratificata il 23 settembre 2020, promuovendo, all'art. 13, la comprensione del patrimonio culturale, in rapporto alle comunità che lo hanno prodotto, invita i paesi firmatari a sviluppare l'uso delle tecnologie digitali per migliorare l'accesso all'eredità culturale, abbattendo gli ostacoli che ne limitano la fruizione¹⁶. Come non intravedersi, in questa disposizione, il segno tangibile della rinnovata esigenza di provvedere ad una valorizzazione del patrimonio culturale digitalizzato e la necessità di predisporre nuovi e più efficaci modelli di fruizione.

¹⁵Sulla tematica della valorizzazione e della fruizione pubblica del patrimonio culturale attraverso le nuove tecnologie cfr. A. LAZZARO, *Innovazione tecnologica e patrimonio culturale tra diffusione della cultura e regolamentazione*, in *www.federalismi.it*, 24, 2017, pp. 2 ss., spec. 9 s.

¹⁶In argomento cfr. G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *La ratifica della Convenzione di Faro «sul valore del patrimonio culturale per la società»: politically correct vs. tutela dei beni culturali?*, in *www.federalismi.it*, 24 marzo 2021, pp. 224 e ss. Gli AA. rilevano alcuni errori nella traduzione "non ufficiale" di *cultural heritage* in patrimonio culturale, con inevitabili rischi di confondere concetti chiari e distinti del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

In piena sintonia con la tendenza eurounitaria, l'articolato percorso riformatore si arricchisce, più di recente, degli obiettivi confluiti nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)¹⁷: il Piano, nell'ambito della Missione 1 “Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo”, ha offerto l'opportunità di intervenire sulla trasformazione digitale – sostenendo l'innovazione del sistema produttivo – e ha sollecitato la necessità di investire in due settori chiave, quali turismo e cultura, ambendo ad una riduzione del divario strutturale in termini di competitività, produttività e digitalizzazione del nostro Paese, in generale, e del Mezzogiorno, in particolare.

In tale contesto il Piano ha osservato l'applicabilità delle tecnologie emergenti, tra le quali rientra indubbiamente la *Blockchain*, quale importante guida nel processo di creazione del Patrimonio Digitale della Cultura, nel quale le piattaforme e le strategie digitali consentono di esplorare nuove forme di tutela, valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale, nonché una più agevole accessibilità e fruibilità dei beni culturali, quali strumento od oggetto di cultura, rimuovendo le barriere fisiche e cognitive dei musei, delle biblioteche e degli archivi¹⁸.

Il PNRR offre l'opportunità di intervenire sulla valorizzazione dei siti storici e culturali con investimenti volti a consentire un più ampio accesso e una maggiore partecipazione alla cultura (Investimento 1.2), per il quale sono stati destinati €300 mln attribuiti a fondo perduto; si prefigge, altresì, di predisporre programmi per valorizzare l'identità di luoghi, quali parchi e giardini storici (ulteriori 300 mln attribuiti a titolo di prestito – Investimento 2.3); s'impegna a provvedere alla rigenerazione e al restauro del patrimonio culturale (*Caput Mundi-Next Generation EU* per grandi eventi turistici – Investimento 4.3), stanziando €500 mln a titolo di prestito, e, infine, sollecita la realizzazione di

¹⁷Per alcune lucide considerazioni sul PNRR cfr., M. CLARICH, *Il Pnrr tra diritto europeo e nazionale un tentativo di inquadramento giuridico*, in *AstridRassegna*, 2021, 1-15 e G. NAPOLITANO, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2021, 145 ss.

¹⁸In argomento cfr., condivisibilmente, V. FANTI, *Verso un turismo ecosostenibile e una digitalizzazione del patrimonio culturale*, in L. Bianchi, B. Caravita (a cura di), *Il Pnrr alla prova del Sud*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 137-146.

progetti destinati alla sicurezza sismica nei luoghi di culto e al restauro del Fondo Edifici di culto e siti di ricovero per le opere d'arte (*Recovery Art* – Investimento 2.4), per il quale sono stati attribuiti €800 mln a titolo di prestito¹⁹.

Gli interventi volti alla digitalizzazione del patrimonio culturale, aventi rilevanza strategica per l'amministrazione e che trovano ampio spazio nel PNRR, saranno affiancati dallo sviluppo di una infrastruttura nazionale che, avvalendosi dell'uso di piattaforme digitali dedicate, per la raccolta, conservazione e accesso alle risorse digitali, metterà a disposizione le risorse per servizi complementari, ad alto valore aggiunto, sviluppati dalle imprese culturali e creative e da *start-up* innovative, perseguendo, altresì, finalità educative²⁰.

In effetti, in tale contesto, la scelta di applicare le nuove tecnologie al patrimonio culturale è venuta a collocarsi nell'ambito di una visione più generale dell'azione di governo, incentrata sul paradigma tecnologico²¹. Le ICT sono, pertanto, state utilizzate per implementare un uso controllato dei contenuti culturali digitalizzati (nella duplice declinazione di beni “analogici” transitati nel digitale o nativi digitali) e garantire un ambiente innovativo per i cittadini, con l'obiettivo di condurre il Paese all'avanguardia nel settore dell'*e-government*.

3. Le tecnologie emergenti come veicolo primario ad una fruizione del patrimonio culturale “senza barriere”

«Il bene culturale è pubblico non in quanto bene di appartenenza, ma in quanto bene di fruizione [...] Ciò che giuridicamente interessa è la fruibilità universale, non la fruizione

¹⁹In questo senso cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, in *www.governo.it*, pp. 106 e ss.

²⁰Così MIBACT, *Atto di indirizzo concernente l'individuazione delle priorità politiche da realizzarsi nell'anno 2021 e per il triennio 2021-2023*, in *www.beniculturali.it*, 18 gennaio 2021.

²¹Del progressivo interesse, anche del giudice amministrativo, ad ipotesi di digitalizzazione dell'attività della pubblica amministrazione e sulla propensione circa la validità dell'impiego degli algoritmi informatici, nell'ambito dei procedimenti amministrativi, cfr. M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *www.federalismi.it*, 2019 e A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 7, 2020, pp. 1738 e ss.

effettiva. Fruibilità significa obbligo di permettere la fruizione, e quando l'obbligo si è adempito, il potere pubblico è in regola»²².

Le riflessioni, quanto mai attuali, di M.S. Giannini evocano, nell'epoca della transizione digitale del patrimonio culturale, un duplice obiettivo: fermo restando che, la tutela e la valorizzazione, quali compiti costituzionalmente doverosi²³, siano strumenti idonei alla promozione dello sviluppo della cultura, la digitalizzazione e l'uso delle banche dati²⁴, quali strumenti di miglioramento della fruizione dei beni culturali, incrementano, da un lato, l'accessibilità al patrimonio culturale e, dall'altro, conferiscono nuova linfa alla nozione di bene culturale immateriale.

Nell'ambito dell'accessibilità al patrimonio culturale, la digitalizzazione mira a trasformare il patrimonio informativo del Ministero in capitale cognitivo a disposizione di tutti²⁵, con ulteriori valenze nell'ambito dei diritti sociali delle persone con disabilità, ed è volto ad agevolare una fruizione universale del patrimonio culturale digitalizzato, quale portato della semplificazione dell'«accesso

²²Così, pregevolmente, M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 1976, pp. 3 e ss.

²³Cfr. G. CAIA, *Beni culturali e paesaggio nel recente Codice: i principi e la nozione di patrimonio culturale*, in AA. VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. III, Padova, Cedam, 2007, pp. 161 e ss., spec. pp. 163 e s.; per alcune considerazioni in tema di tutela e valorizzazione dei beni culturali cfr., M.C. CAVALLARO, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica*, in *Aedon*, 3, 2018.

²⁴Sulla digitalizzazione del patrimonio culturale e sull'incremento delle banche dati digitali cfr. P. CARPENTIERI, *Digitalizzazione, banche dati digitali e valorizzazione dei beni culturali*, cit., *passim*, il quale prende in considerazione «sia la digitalizzazione del patrimonio archivistico e librario (la consultazione da remoto del patrimonio digitalizzato), sia l'accesso da remoto via web al patrimonio, mobiliare e immobiliare, degli istituti e luoghi della cultura (la "visita" digitale del patrimonio), trattandosi in entrambi i casi, dal punto di vista della fruizione e della valorizzazione, di una modalità di accesso digitale a distanza».

²⁵In questo senso il Servizio *Digital Library* che dichiara di voler promuovere e facilitare «la crescita di un ecosistema digitale dei beni culturali, per dare ed estrarre valore da competenze e professionalità, regole e convenzioni, infrastrutture e sistemi tecnologici». Per alcuni spunti di riflessione sulla *Digital library* cfr., *ex multis*, P.S. MAGLIONE, *L'innovazione nel nuovo regolamento di organizzazione del Mi-bact (d.p.c.m. n. 169/2019): spunti ricostruttivi sulla Digital library*, in *Aedon*, 1, 2021.

a luoghi, beni e culture, anche lontani rispetto al fruitore»²⁶ o inadeguati sotto il profilo sensoriale o cognitivo.

La globalizzazione e il riconoscimento di un valore universale del bene culturale, affiancato all'accessibilità digitale dello stesso, facilitando il contatto con il patrimonio culturale, integrano un modello, connotato da un approccio *bottom-up*, espressione di una tendenza a considerare, prioritariamente, il versante dei fruitori del bene culturale digitalizzato. Lo strumento di dialogo delle tecnologie di registro distribuito è improntato ad includere le istanze sociali²⁷ nelle politiche pubbliche di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, al fine di costruire un legame tra l'innovazione e la fruizione virtuale dei beni culturali e di evitare, consequenzialmente, l'*inadeguatezza culturale* dei musei o degli altri luoghi di cultura, quale motivazione addotta dal "non pubblico" per giustificare le ragioni per le quali non ci si avvicini al patrimonio culturale²⁸.

L'enfasi posta sulla fruizione riceve una forte accentuazione nelle scelte compiute con il PNRR: in questo contesto le applicazioni digitali hanno rivelato le molteplici capacità di avvicinare il pubblico, anche quello più giovane, alla cultura, in generale, e all'arte, in particolare²⁹, e di valorizzare i musei e i

²⁶In questi termini A. LAZZARO, *Innovazione tecnologica e patrimonio culturale tra diffusione della cultura e regolamentazione*, cit., p. 11 ad avviso della quale «non vi è dubbio che le tecnologie per le loro enormi potenzialità applicate ai beni culturali, pertanto, vanno viste con favore, apprezzandone i contenuti positivi, in quanto possono contribuire alla salvaguardia dell'identità culturale dei luoghi, alla diffusione della cultura e alla produzione di nuove offerte culturali, e, possono costituire un importante motore a supporto della crescita competitiva, nonché allo sviluppo di modelli di business innovativi, con il vantaggio di diffondere la conoscenza di beni senza pericoli per la loro conservazione o manutenzione. [...] Tutto ciò, sotto il profilo socio-culturale, aiuta a recuperare e trasmettere più facilmente alle generazioni future l'identità culturale del proprio paese e nello stesso tempo favorisce le conoscenze di altre culture».

²⁷«Le futur quel les blockchains rendent possible est un monde plus horizontal. Le nouveau droit qu'elles forgent serait par conséquent un droit plus horizontal, se passant d'organes de tutelle et de contrôle [...] les blockchains permettraient ainsi de reconstruire sur de nouvelles bases les sociétés, le collectif, les interindividualités, suivant le modèle d'une société décentralisée, horizontalisée»: così B. BARRAUD, *Les blockchains et le droit*, cit., 1 ss. spec. 8.

²⁸Cfr., sul punto, G. CETORELLI, M.R. GUIDO (a cura di), *Il patrimonio culturale per tutti. Fruibilità, riconoscibilità, accessibilità. Proposte, interventi, itinerari per l'accoglienza ai beni storico-artistici e alle strutture turistiche*, Quaderni della valorizzazione – NS 4, Roma, Direzione generale Musei, 2017, 20.

²⁹Non si può prescindere dalla digitalizzazione, oltre che dei contenuti, anche delle modalità di fruizione e degli strumenti di comunicazione e veicolazione dell'offerta culturale, in questo senso cfr. A. MESCHINI, *Digital technology in the communication of Cultural Heritage. State of the art and potential development*, in *DisegnareCon – Scientific Journal on Architecture and Cultural*

luoghi di cultura meno noti. All'uopo la digitalizzazione delle collezioni, favorendo la transizione dalla dimensione analogica a quella digitale, ha indubbiamente consentito alla collettività di esplorare e di interagire con il patrimonio culturale in un modo innovativo e accessibile a tutti, trasformando le istituzioni culturali, da custodi delle collezioni analogiche, in fornitori di servizi digitali.

Non v'è chi non veda, nell'incessante processo di digitalizzazione che sta investendo il nostro Paese, l'apporto della transizione digitale in punto di valorizzazione dei "nuovi" beni culturali immateriali. Con precipuo riferimento alla nozione di bene culturale immateriale si avverte, infatti, una certa esigenza di superare il limite della *res quae tangi potest* nel segno della transizione digitale.

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio si occupa della "memoria" da tutelare quale presupposto dell'identità nazionale, non della sua dimensione tangibile³⁰. Pertanto, seppur sia condivisibile ritenere che la sola riproduzione digitale, del bene culturale reale, non è, di per sé, un "nuovo" bene culturale immateriale, ma al più può assurgere ad un "nuovo" modo di fruire dello stesso, va, altresì, rilevato che, sulla scorta delle *policies* europee, la tutela del patrimonio culturale «significa anche promuoverne la rigenerazione, sostenendo la creatività contemporanea»³¹.

Emerge qui l'approccio inclusivo orientato a ricomprendere nella nozione di bene culturale sia la componente materiale, sia quella immateriale e, di conseguenza, digitale³².

Heritage, 2011, p. 8.

³⁰Per una ricostruzione di come «le cose materiali, beni immobili, sono protette in quanto simboli che richiamano in vita l'archetipo intellettuale dell'identità e della bellezza» cfr., L.R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. giur. ambiente*, 1, 2009, pp. 1 e ss.

³¹Così E. SCIACCHITANO, *Il patrimonio culturale nelle politiche e nei programmi dell'Unione europea. Ampliando l'orizzonte dalla conservazione all'innovazione*, in *Cartaditalia*, vol. II, 2018.

³²«La vera ambizione della digitalizzazione, in ambito culturale, non si può ridurre ad una mera duplicazione con esito digitale, ed alla cura dei dati di conseguenza generati, poiché essa può permettere molto di più che una mera "rappresentazione", sia per le ampie possibilità di maneggio e alterazione creativa che anche la mera immagine digitale di un oggetto consente, sia per la disponibilità all'arricchimento cognitivo riguardo ad una "cosa" che la sua versione digitale concede di radunare in un'unica entità»: in questi termini, pregevolmente, P. FORTE, *Il bene culturale pubblico digitalizzato. Note per uno studio giuridico*, cit., p. 260.

In tale direzione l'ausilio di strategie digitali, capaci di realizzare la registrazione dei beni culturali in un archivio distribuito, è orientato ad impiegare l'algoritmo, in chiave di sostegno alla creazione di un bene culturale digitalizzato, quale infrastruttura tecnologica finalizzata alla ricostruzione della dimensione immateriale del bene analogico di base. Occorre, invero, precisare che una scelta siffatta concorre «alla nascita di un nuovo bene epistemico, cognitivo, derivato da quello culturale già esistente, ma non identico, e nemmeno meramente riprodotto»³³ e consente di riequilibrare i rapporti tra l'amministrazione e i cittadini, attribuendo a questi ultimi la possibilità di beneficiare di una fruizione totale dei beni culturali.

Sotto un aspetto parzialmente divaricato, seppur inevitabilmente inglobante le prospettive concernenti il riferimento all'impiego dell'intelligenza artificiale nella virtualizzazione dei beni culturali, si coglie l'attenzione riposta alla sicurezza delle tecniche di digitalizzazione: nella previsione di un sofisticato meccanismo di tutela dell'integrità del bene originario, l'algoritmo si presta ad attingere, dalla dimensione immateriale del bene di base, il valore culturale, e, attraverso l'uso crescente delle tecnologie di registro distribuito, garantisce la tracciabilità delle operazioni compiute riducendo il rischio di errori accidentali, dati ridondanti ed episodi di alterazione abusiva.

Accanto ai profili legati alla sicurezza e alla trasparenza dell'infrastruttura tecnologica, ve ne sono altri, che rinviano, molto più direttamente, alle attività di valorizzazione dei beni culturali: la sperimentazione, prima, e l'implementazione, poi, delle nuove tecnologie ha posto alcune criticità in punto di uso e riproduzione dei beni culturali, *ex artt.* 107 e 108 D.Lgs. n. 42/2004, e di predisposizione di servizi per il pubblico, *ex art.* 117 del predetto decreto. L'uso e la riproduzione del bene culturale digitalizzato incontrano il limite dell'autenticità e della veridicità dei dati che lo compongono resi disponibili ai cittadini³⁴.

³³Così P. FORTE, *Il bene culturale pubblico digitalizzato. Note per uno studio giuridico*, cit., p. 259.

³⁴Sulla responsabilità di certificazione cfr., *amplius*, L. CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale? I "pieni" e i "vuoti" normativi*, in *Aedon*, 3, 2018; A. LAZZARO, *Innovazione tecnologica e patrimonio culturale tra diffusione della cultura e regolamentazione*, cit., pp. 13 e ss.; P. FORTE, *Il bene culturale*

Al fine di superare il suddetto limite, nel percorso di dematerializzazione dei beni culturali analogici, non è ammesso il ricorso ad un linguaggio oscuro strumentale ad operazioni scorrette, ma, al contrario, si opta per una maggiore precisione e trasparenza nel raffronto tra il “valore” culturale (immateriale) del bene tangibile e il “valore” del “nuovo” bene culturale digitalizzato. Per la gestione, conservazione e, conseguente, riproduzione del bene culturale digitalizzato, l'approccio metodologico da seguire è improntato a garantire la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità dei dati che compongono il bene culturale digitalizzato. Il sistema, improntato ad una imprescindibile interrelazione tra competenze giuridiche e informatiche, è chiamato a garantire la validità della sequenza algoritmica e a riporre, in coerenza con la promozione della cultura digitale, la fiducia nella disintermediazione.

4. Alcune applicazioni pratiche delle tecnologie emergenti e di Blockchain per una tutela, valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale 4.0

Al di là dei profili di criticità espressi e delle problematiche afferenti al riconoscimento di un “valore culturale” del bene digitalizzato rispetto a quello del bene tangibile di base, non può sottacersi il ruolo decisivo giocato dall'intelligenza artificiale³⁵, in generale, e dalla tecnologia *Blockchain*, in particolare, nella

pubblico digitalizzato. Note per uno studio giuridico, cit., pp. 275 ss.

³⁵«La disponibilità di sistemi di AI ha già trasformato i sistemi di produzione, le politiche di assunzione, le funzioni strategiche nelle aziende, le politiche di sicurezza relativamente ai dati ed il valore economico dei dati stessi, la logistica, gli strumenti di marketing e di relazione con i clienti, le relazioni tra funzioni interne - facendone emergere di nuove; l'evoluzione dei rapporti di lavoro (la cosiddetta “uberizzazione”) che ne deriva è impressionante. Disponiamo, ormai, di sistemi di computazione non lineare che operano per trasduzio-

ne (come avviene nel nucleo della cellula), che sono in grado di replicare l'organizzazione gerarchica dei concetti tipica del cervello umano ed applicarla all'apprendimento - essendo in grado, tra l'altro, di riconoscere complessi sistemi di caratteri e formare immagini, generalizzare dati acquisiti in tempi diversi, collegare informazioni, selezionarle per creare sistemi di rafforzamento ed ottimizzazione dell'apprendimento (Reinforcement Learning); i sistemi di AI sono in grado di collegare elementi frammentati ed operare astrazioni, gerarchizzare queste informazioni evidenziando quelle prioritarie per aggiornare il sistema e riposizionare quelle meno utili, generando ordine in insiemi confusi di informazioni; vi sono sistemi (ad esempio i Q-network o DQN) che sono in grado di modificare il proprio comportamento (utilizzando diversi sistemi di analisi, sul modello del cervello umano che opera con multiple memory systems), adattandosi a contesti sfavorevoli senza alcun intervento umano, producendo risultati superiori a quelli ottenuti da esseri umani nello stesso contesto; imitando la memoria umana, che conserva costantemente attive informazioni e conoscenze che non utilizza attualmente e che possono fornire interpretazioni o idee, vi sono ormai sistemi di AI (i DNC) che utilizzano memorie esterne che

ricerca di nuove forme di salvaguardia del patrimonio artistico e di nuove modalità di fruizione del bene culturale. È, pertanto, necessario richiamare l'attenzione, senza nessuna pretesa di completezza, sull'incessante sviluppo delle tecnologie emergenti nel contesto culturale, intese quali strumenti di promozione verso la transizione digitale del patrimonio culturale.

In primo luogo, l'azienda di sviluppo *software Adamantic*, nell'ambito del progetto cantieri-scuola presso Palazzo Rivaldi a Roma (progetto commissionato dal MIBACT, Direzione generale Educazione, Ricerca e Istituti Culturali), ha previsto la creazione di una piattaforma pilota per la gestione del patrimonio culturale. In un'ottica di implementazione della tecnologia *Blockchain* ai beni culturali, l'idea progettuale si inserisce nel solco di iniziative volte ad un superamento dei tradizionali confini dell'area museale³⁶.

Quale “nuova frontiera” per la protezione e la fruizione del patrimonio culturale si segnalano i meriti di *Aerariumchain*, pensato quale catalogatore e certificatore dello stato di conservazione dei beni culturali. Inserito nel contest Idee Vincenti di Lottomatica, il progetto persegue l'obiettivo di “fotografare” lo stato di conservazione dei beni culturali, attraverso scansioni 3D, e, dopo aver provveduto alla catalogazione, certificare i cambiamenti dello stesso, nel corso del tempo, per mezzo della tecnologia *Blockchain*³⁷. Allo scopo di salvaguardare i pregi culturali insiti nel bene monitorato, il *software* attenziona l'integrità materiale del bene culturale assicurando la conservazione, del bene tangibile, e la protezione dei “valori” culturali immateriali, nonché procede, se del caso, a stimolare attività di restauro per scongiurare il rischio di deterioramento o, ancor peggio, perdita del bene culturale.

apprendono sistemi complessi di ragionamento mentre altri sistemi operano; si tratta di sistemi in grado di generare immagini inedite ovvero di parlare una lingua umana allo stesso livello degli umani stessi»: in questi termini e per alcune limpide riflessioni sull'impatto dell'intelligenza artificiale cfr., amplius, L.R. PERFETTI, Beyond the chinese room. Appunti per una riflessione su intelligenza artificiale e diritto pubblico, in questa Rivista, 1, 2017, pp. 457-470 e spec. p. 463 e p. 464.

³⁶Cfr., sul punto, *Arte antica, Intelligenza Artificiale e Blockchain. Il progetto di Adamantic*, in www.adamantic.io, 2020.

³⁷Cfr., in argomento, A. SALERNO, *Cultura, la blockchain per proteggere i beni artistici e archeologici*, in www.blockchain4innovation.it, 26 marzo 2019.

Particolarmente interessante, in tema di sviluppo digitale museale, è l'impegno profuso dal MarTa, Museo Archeologico Nazionale di Taranto, vincitore del premio Gianluca Spina per l'Innovazione Digitale nei Beni e Attività culturali con il progetto MarTa 3.0. Il Museo digitale sfrutta le tecnologie ICT per consentire una più agevole fruizione delle collezioni nella sua disponibilità: l'archivio digitale del MarTa, partendo con la schedatura dei reperti archeologici e di quelli numismatici, s'impegna a compiere un'attività di ricerca, catalogazione e conservazione preventiva dei reperti. Attraverso un'officina di produzione di contenuti digitali, il Museo offre attività di didattica a distanza e laboratori per l'*e-learning* che consentono di dare adeguate risposte alle nuove esigenze dei cittadini, comprese le esigenze specifiche delle persone con disabilità.

Tra gli esempi più interessanti in tema di valorizzazione del patrimonio culturale preme, in questa sede, richiamare l'attenzione sull'impatto del *contest* ARTathlon – Arte in movimento, nato dalla collaborazione tra il MIC, Ey e Invitalia. Il progetto vincitore, Museo Aperto, sfrutta le potenzialità delle tecnologie emergenti nella convinzione che l'uso delle predette possa ricondursi ad un atto creativo. Tale progetto offre ai musei la possibilità di ripensare alla propria offerta culturale predisponendo nuovi percorsi, formativi e interattivi, per i giovani visitatori, basandosi sull'uso di innovative tecniche di intelligenza artificiale³⁸. Nel corso del *contest* è stata, altresì, presentata la prima piattaforma digitale che unisce la realtà fisica a quella virtuale conferendo la possibilità agli appassionati di creare il proprio museo personale tramite una selezione delle opere preferite dai vari musei italiani. La soluzione Museo Zeta è stata premiata dalla giuria per la sua capacità di stimolare le persone mettendo la tecnologia al servizio della creatività di ognuno.

³⁸Cfr., *amplius*, Museo Aperto e Museo Zeta vincono la maratona creativa ARTathlon – Arte in movimento, in www.musei.beniculturali.it, 25 marzo 2021, che sul progetto vincitore precisa che è «basato sull'uso di innovative tecniche di intelligenza artificiale, coniugate a una rete di conoscenza tramite un Knowledge Graph, una tecnica di interconnessione di dati provenienti da fonti differenti al fine di fornire un unico layer per abilitare la fruizione delle informazioni e per la realizzazione di analytics, il progetto, secondo la giuria, offre una soluzione innovativa che risponde anche ad una necessità concreta dei visitatori».

Nella prospettiva di una maggiore fruibilità, anche per eventi culturali, dell'Anfiteatro Flavio, si rinviene la necessità di predisporre un progetto di ricostruzione dello stesso: nella sfida lanciata dal ministro Dario Franceschini, si scorge l'esigenza di coniugare la tutela dei beni culturali e, nel caso di specie, di un bene archeologico, con l'implementazione di tecnologie avanzate volte a garantire un risultato ecosostenibile in conformità alle linee di indirizzo del Parco del Colosseo.

Conclusivamente può rimarcarsi la strategia volta a garantire modalità di fruizione innovative del patrimonio culturale: in questo contesto, si inserisce la ETT Solution che, nel 2016, ha realizzato un percorso di realtà aumentata attraverso il quale il "visitatore" virtuale ammira, tramite alcuni visori, l'Ara Pacis nel suo aspetto e nelle sue funzioni originarie³⁹. Trattasi di una strategia digitale che consente una visione dinamica, immersiva e multisensoriale quanto mai vasta, innovativa e sicura.

5. Brevi considerazioni (non) conclusive

I bilanci sarebbe sempre meglio tentarli alla fine di un'esperienza, ma è pur vero che trascorsi alcuni anni dall'inclusione dell'intelligenza artificiale⁴⁰ nel perseguimento delle finalità di tutela e valorizzazione dei beni culturali e tenuto conto delle sue inarrestabili potenzialità, per applicazioni pratiche che migliorino la fruibilità "senza barriere" del patrimonio culturale, qualche riflessione sulla bontà delle scelte compiute è opportuno cominciare a svolgerla. Certo non in termini definitivi, ma sicuramente è possibile provare a rimodulare alcuni aspetti al fine di intervenire, concretamente, sull'esistente nell'ottica di individuare alcune criticità e operare opportuni aggiustamenti per il futuro.

³⁹Cfr., in argomento, *Cultura e digital transformation: tracce di una svolta (forse già avvenuta)*, in *Io sono cultura – Rapporto 2019*, in www.unioncamere.gov, 2019, 194.

⁴⁰L'intelligenza artificiale fu ampiamente studiata a partire dagli anni '50 del secolo scorso, tant'è che la sua nascita si fa risalire alla Conferenza di Dartmouth del 1956: cfr., per il testo della proposta, J. MCCARTHY, M.L. MINSKY, N. ROCHESTER, C. SHANNON, *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 31 agosto 1955, in *AI Magazine*, 27, 4, 2006, p. 12 ss.

I sistemi digitali del comparto culturale sono progettati al fine di addivenire ad una mappatura accessibile del patrimonio culturale, completamente digitalizzata e inserita in una *Blockchain*, nella quale vengono ricompresi beni digitalizzati che per la propria qualificazione culturale consistono in «*unique resources of human knowledge and expressions*»⁴¹.

Ecco, dunque, che un primo importante spunto di riflessione riguarda la nozione di Patrimonio Digitale della Cultura, nel segno lanciato dal PNRR, che avvalendosi delle potenzialità dell'intelligenza artificiale, intende conferire al cittadino un sistema accessibile che, sovvenendo alle molteplici esigenze vantate dalle persone con disabilità visiva, motoria e uditiva, consente di evitare l'accesso "fisico" ai musei o agli altri luoghi di cultura e, in virtù delle tecniche di raccolta e memorizzazione adottate, consente, altresì, una migliore conservazione dei beni culturali, con conseguente garanzia di trasmissibilità alle generazioni future.

Alla conservazione e valorizzazione dei beni culturali si affianca, nel solco della transizione digitale, «*il dovere costituzionale di promozione della cultura (che) rende preminente l'esigenza di destinare, nel modo più ampio possibile, il patrimonio culturale pubblico alla fruizione collettiva*»⁴².

L'accessibilità "virtuale" al patrimonio culturale s'inserisce nell'ambito di un articolato percorso orientato al superamento delle barriere tangibili dei musei e dei luoghi di cultura: permettendo l'accessibilità *online* e la conservazione digitale del patrimonio culturale si evidenzia «*l'importanza della progettazione multisensoriale ed inclusiva come strumento e metodo basati sulla diversità umana, l'inclusione sociale e l'uguaglianza per la dignità di ogni essere umano*»⁴³.

⁴¹Art. 1, UNESCO Charter for the Preservation of the Digital Heritage.

⁴²In questi termini, efficacemente, N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 227.

⁴³Sull'individuazione di buone pratiche per l'inclusione cfr. *Manifesto di Matera*, in *www.sociale.it*, 28 settembre 2014.

In tale contesto l'emergenza pandemica⁴⁴ ha, incontestabilmente, disvelato le numerose lacune del sistema museale italiano⁴⁵: un settore danneggiato dall'emergenza sanitaria che ha avvertito la necessità di reinventarsi avvalendosi di strategie e di strumenti digitali che lo rendano maggiormente fruibile e che consentano ai giovani o ai diversamente abili di avvicinarsi all'arte attraverso attività di mediazione comunicativa⁴⁶. Da qui nasce l'idea di unire i saperi dei numerosi esperti del settore provenienti dal Ministero⁴⁷, dai Poli museali ed archeologici, nonché le conoscenze degli esperti dell'innovazione tecnologica che, promuovendo un'iniziativa di *open innovation*, possono impegnarsi a sfruttare le tecnologie emergenti (tra cui indubitabilmente Blockchain) all'interno del panorama museale italiano⁴⁸.

Nel complesso, la strada percorsa dal nostro Paese ha agevolato un processo progressivo e lineare di transizione digitale del patrimonio culturale che, prendendo l'avvio dalla digitalizzazione del patrimonio archivistico e librario, si sta gradualmente orientando verso l'implementazione di servizi digitali avanzati, quali, appunto, le tecnologie di registro distribuito, affinché i cittadini avvertano gradatamente i benefici della trasformazione in corso. La scelta del paradigma *Blockchain*, quale strumento di accessibilità totale al patrimonio culturale,

⁴⁴Sul punto pregevoli argomentazioni sono rinvenibili in L.R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in questa Rivista, 2, 2020, pp. 51-79.

⁴⁵In argomento cfr. M. CAMMELLI, *Pandemia: the day after e i problemi del giorno prima*, in *Aedon*, 1, 2020 ad avviso del quale «l'apprezzabile fiorire di iniziative basate sulle reti e sulle applicazioni digitali, alcune delle quali di ottima qualità [...] conferma come questa soluzione costituisca la strada maestra intorno a cui rivedere in futuro molti aspetti della conservazione e della fruizione del patrimonio culturale. A condizione però di ricordare che tutto questo non si ottiene sovrapponendo semplicemente il nuovo al vecchio (immutato) ma ripensando in profondità quest'ultimo».

⁴⁶Sulle numerose problematiche cagionate dall'epidemia da Covid-19 che hanno investito il mondo della cultura cfr. A. CIERVO, *La chiusura dei musei e degli altri istituti e luoghi di cultura pubblici durante l'emergenza sanitaria*, in *Aedon*, 2, 2020 e sulle necessarie riforme del sistema amministrativo cfr. M. CLARICH, *La riforma della pubblica amministrazione nello scenario post Covid-19: le condizioni per il successo del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Law Review Luiss*, 1, 2021, pp. 92-97.

⁴⁷Per un esame della "manutenzione amministrativa" nell'attuazione del PNRR, cfr. L. CASINI, *Il ministero della Cultura di fronte al PNRR*, in *Aedon*, 2, 2021.

⁴⁸In questo senso cfr., V. FANTI, *Verso un turismo ecosostenibile e una digitalizzazione del patrimonio culturale*, cit., passim.

rappresenta, allo stato attuale, l'opzione più proporzionale per promuovere l'uguaglianza culturale e sociale. Stante l'indubbia capacità di fornire positive soluzioni ove gli approcci tradizionali hanno mostrato le proprie lacunosità (o hanno, addirittura, fallito) e di offrire il maggior numero di vantaggi, anche in termini qualitativi, la tecnologia *Blockchain* ha, già, disvelato i propri meriti in punto di conservazione del patrimonio culturale attraverso la predisposizione di un controllo preventivo, piuttosto che riparativo, e quale strumento efficace per porre un argine al sottoutilizzo del patrimonio culturale⁴⁹.

⁴⁹Cfr., in argomento, A.L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Bari-Roma, Laterza, 2019, il quale rinvia alla circolare n. 52/2019 della Direzione generale Musei del MI-BACT con la quale viene stabilito un sistema per monitorare i proventi dei musei italiani per valutarne la redditività e la possibilità di autofinanziamento, considerando peraltro una possibile applicazione della *Blockchain* a tal fine.

GIANLUCA ROMAGNOLI

Professore associato di diritto dell'economia nell'Università degli Studi di Padova

gianluca.romagnoli@unipd.it

**L'INCIDENZA (SOSTANZIALE) DELL'AZIONE DELLE
C.D. AUTORITÀ INDIPENDENTI SULLE DINAMICHE
ECONOMICHE DEI C.D. MERCATI REGOLAMENTATI E
LE SUE RAGIONI CULTURALI**

**THE THE (SUBSTANTIAL) IMPACT OF THE ACTION OF THE SO-
CALLED INDEPENDENT AUTHORITIES ON THE ECONOMIC
DYNAMICS OF THE SO-CALLED REGULATED MARKETS AND ITS
CULTURAL REASONS**

SINTESI

Lo scritto, rilevato che le amministrazioni indipendenti dispongono di una capacità di condizionamento delle iniziative economiche private superiore a quella immaginabile sulla base dell'esame del diritto positivo ne indica le ragioni. Nel proporre una considerazione d'insieme individua ed esamina quattro fattori di potenziamento della loro forza di influenza quali: il modo con cui è, generalmente, percepita la loro indipendenza; l'atteggiamento remissivo/passivo della maggioranza dei giuristi; la propensione conservativa del giudice amministrativo che riconosce loro potenzialità operative non attribuite dalla legge; la deferenza del giudice ordinario e la limitazione da questo posto ai controlli sugli atti delle autorità indipendenti.

ABSTRACT

The paper, found that independent administrations have a capacity to influence private economic initiatives higher than that imaginable based on the examination of positive law, indicates the reasons for this. In proposing an overall consideration, it identifies and examines four factors of enhancement of their power of influence such as: the way in which their independence is generally perceived; the submissive / passive attitude of the majority of jurists; the conser-

vative propensity of the administrative judge who recognizes them operational powers not attributed by the law; the deference of the ordinary judge and the limitation of his checks on the acts of independent authorities.

PAROLE CHIAVE: amministrazioni indipendenti; diritto positivo; influenza; ragioni.

KEYWORDS: independent administrations; positive law; influence; reasons.

INDICE: 1. L'azione amministrativa, le autorità indipendenti e le attività economiche. - 2. Il primo fattore culturale: la percezione dell'indipendenza come elemento di amplificazione del potere di influenza. - 3. Il secondo fattore culturale: l'atteggiamento della dottrina nei confronti della regolazione indipendente. - 4. Il terzo fattore culturale: l'atteggiamento "conservativo" del giudice amministrativo e la legittimazione dei c.d. poteri impliciti. - 5. Il quarto fattore culturale: l'atteggiamento "conservativo" del giudice ordinario. Deferenza, negazione della rilevanza delle regole procedurali e limitazione dei controlli sugli atti delle amministrazioni indipendenti.

1. L'azione amministrativa, le autorità indipendenti e le attività economiche.

Si può dar per scontato che la buona parte delle attività economiche siano oggetto d'azione amministrativa. In linea di principio, le diverse iniziative dirette alla produzione, anche non imprenditoriale, di utilità manifestano aspetti di pubblico interesse per essere, prima, disciplinate dalla legge, intesa come insieme delle fonti di produzione di regole di comportamento e, poi, regolate od orientate dalla pubblica amministrazione. Ciò accade sia quando il legislatore lascia un margine di scelta al detentore del potere pubblico sia in caso di esau- stiva indicazione del precetto da osservare. Nel primo caso, l'iniziativa privata può essere condizionata dall'apprezzamento dell'amministrazione chiamata (va- riamente) a fissare il se, il come od i limiti entro cui quella può essere sviluppa- ta¹. Nel secondo caso perché, per garantire l'effettiva osservanza delle condi- zioni predefinite dalla legge, le si affida lo svolgimento di una verifica successi- va di correttezza/regolarità delle attività regolate².

¹Si pensi, ad esempio, al rilascio di un permesso a costruire, dell'autorizzazione alla co- stituzione di una società bancaria o, ancora, alla pubblicazione di un prospetto informativo.

²Così, nell'ipotesi d'apertura di un esercizio commerciale di vicinato per cui, in linea di massima, è sufficiente una segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a), cui può seguire l'azione amministrativa di controllo della sussistenza delle condizioni prescritte dalla legge e che il privato attesta "d'avere".

L'azione amministrativa, peraltro, può assumere una diversa articolazione in ragione del tipo e rilevanza degli interessi che la giustificano. La legge può prevederne forme più o meno profonde, disponendone lo svolgimento in modo continuativo o periodico, magari articolandola anche in verifiche puntuali di idoneità all'attività e di affidabilità del soggetto sottoposto a controllo, sino a giungere a quelle più complesse ed intense forme di scrutinio amministrativo che si vengono ad esprimere nella funzione di vigilanza³.

Come esempi di un diverso modo di modulare la vigilanza si possono indicare, rispettivamente, quella spettante alle Aziende sanitarie sui soggetti che offrono prestazioni curative ampiamente intese e quella svolta sulle banche da BCE e Banca d'Italia o da Ivass sulle assicurazioni. Nel primo caso la verifica si limita, tendenzialmente, alla qualità del prodotto e della struttura produttiva; nel secondo, è allargata anche alle caratteristiche dell'organizzazione e delle sue componenti che non incidono direttamente sul processo produttivo. Così solo l'acquisto di partecipazioni rilevanti nel capitale di una banca o di un'assicurazione è soggetta al controllo preventivo non di quelle della società che eroga prestazioni curative.

Il diverso mercato – inteso come realtà merceologica oggetto di attenzione normativa diretta od indiretta – esprime dei bisogni o delle priorità, recepite dal legislatore, alla cui soddisfazione è chiamata l'amministrazione nel presupposto dell'inidoneità della sola disciplina privatistica a dare adeguato spazio agli interessi della collettività⁴. Ciò spiega, anche in una logica di proporzionalità, perché si passi dal controllo sulla produzione a quello sul modo di essere del produttore. L'emersione di bisogni di protezione contro rischi complessi giustifica un'accentuazione dell'approccio precauzionale che dà luogo alla vigilanza prudenziale – tesa, appunto, alla prevenzione di vari ordini di rischi – che im-

³Cfr. S. AMOROSINO, *L'amministrativizzazione del diritto delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 609, impiego poi ripreso, ampiamente, dallo stesso giurista, nel suo *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, 2016, p. 23 e 27 ss.

⁴F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2021, p. 6; M. CLARICH, *Alle radici del paradigma della regolazione*, in *Rivista della reg. dei mercati*, 2020, p. 231.

plica un allargamento della sfera di soggezione del vigilato. L'amministrazione è, pertanto, chiamata ad apprezzare l'assetto organizzativo, ampiamente inteso, dell'operatore economico alla luce dell'attività, verificandone l'adeguatezza (solidità affidabilità) e parametrandola al tipo di attività regolata. Il tutto, se si vuole, secondo una logica circolare, od a valenza biunivoca, secondo cui solo una buona organizzazione dell'impresa permette la predisposizione di "buone" offerte contrattuali ed una loro corretta presentazione e, corrispondentemente, solo "buoni contratti" possono garantire la stabilità dell'impresa che, altrimenti, potrebbe essere compromessa, con tutto quanto consegue in termini di affidabilità di quel dato mercato, dalla sistematica offerta e perfezionamento di "negozi" inappropriati, ora perché chi li propone non è in grado di onorarli ora perché la loro non corretta esecuzione può compromettere il prestigio reputazionale del vigilato, rischiando di innescare motti di sfiducia che coinvolgono l'intera categoria cui appartiene il soggetto "scorretto".

Anche un sommario esame delle leggi istitutive delle autorità indipendenti rende verosimile considerarle amministrazioni in grado di sviluppare un'azione di condizionamento tra le più intense e pervasive, per poter anche contare su d'una serie di "strumenti" eterogeni, dotati di diversa forza conformativa, considerati nel loro insieme espressione della funzione – che sarebbe solo loro propria - di regolazione⁵, contrapposta a quella di regolamentazione. La prima, più ampia della seconda, infatti, è quella che si esplica non solo tramite l'impiego dei tradizionali provvedimenti normativi ed amministrativi ad effetti generali e puntuali ma anche a mezzo di comunicazioni innominate (lettere al merca-

⁵Come ricorda P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in AA. VV., *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. CAFAGNO, F. MANGANARO, Firenze, 2016, p. 119, non è mancato chi nel prendere posizione sul tema della regolazione, muovendo dalla complessità ed eterogeneità delle attività che in essa si ricomprendono, la ha ritenuta indissolubilmente legata alla sussistenza di un modello organizzativo rispondente ai tratti caratterizzanti le amministrazioni indipendenti. Sulla correlazione tra prerogative, poteri e caratteristiche dell'organizzazione, da ultimo, si veda, F. APERIO BELLA, *Amministrazione per fini pubblici e amministrazioni indipendenti ed agenzie*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2021, p. 105 ss. cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche, nonché, per quanto riguarda la Commissione nazionale per le società e la borsa, mi si consenta di richiamare anche, G. ROMAGNOLI, *Consob. Profilo e attività*, Torino, 2012, p. 58 ss.

to, linee guida ecc.) che esprimono opinioni, punti di vista o preferenze, in principio non vincolanti e, tendenzialmente, considerate manifestazione di *soft law*⁶.

Se non ci si inganna, peraltro, l'azione di regolazione delle autorità indipendenti pare, nella pratica, ben più incisiva di quanto non si potrebbe immaginare limitandosi ad un'astratta indagine normativa, per l'operare di una serie di ragioni culturali che, ad oggi, non sono stati fatti oggetto di una considerazione d'insieme. Ragioni o fattori, credo, di carattere eminentemente pregiuridico - se si vuole, in parte frutto di una precomprensione dei fenomeni e delle situazioni oggetto di normazione legislativa - che operano come catalizzatori degli effetti della regolazione.

2. Il primo fattore culturale: la percezione dell'indipendenza come elemento di amplificazione del potere di influenza.

Un primo fattore di amplificazione del potere di influenza, ragionevolmente, può essere indicato nel tratto distintivo del modello organizzativo dell'amministrazione e cioè nell'indipendenza. Si tratta di una qualità/qualifica che - nel silenzio del legislatore - viene attribuita in esito alla valutazione di sintesi di taluni "caratteri" distintivi comuni che, unitamente all'attribuzione alla p.a. del "compito" di garantire il "buon funzionamento" di un dato segmento del mercato, induce ad attribuire una particolare forza persuasiva ad ogni loro presa di posizione⁷.

⁶In tal senso, si veda, N. RANGONE, *Regolazione dei mercati*, in AA. VV., *Diritto dell'economia del mercato*, a cura di G. Lemme, Milano, 2021, p. 404, che fa propria una accezione sostanziale di regolazione che include ogni elemento dotato di una "capacità materiale" di incidere direttamente sull'attività od organizzazione dei suoi destinatari, indipendentemente dalla sua natura o provenienza.

⁷Per un esame dei tratti distintivi, doveroso è il rinvio ad alcuni dei lavori che possono considerarsi, "classici". Tra questi, tra i molti, si segnalano: F. MERUSI, M. PASSARRO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, p. 7 ss.; M. CLARICH, *Le autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 13 ss.; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Bari, 2007, p. 5 ss. Sui tratti qualificanti l'indipendenza, da ultimo si veda, S. FOA, *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo*, in www.federalismi.it, 2020, mentre per una considerazione del tema anche alla luce del problema della compatibilità della devoluzione di poteri ampiamente discrezionali ad amministrazioni estranee al circuito politico parlamentare e, dunque, prive di una legittimazione "democratica" si rimanda a, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente*.

La sottrazione delle autorità al circuito politico parlamentare ed a forme di ingerenza anche indiretta nelle loro scelte regolatorie, da tempo immemorabile, ha indotto l'impressione che la loro opera, analogamente a quella del giudice, si materializzi in un'obiettiva ed imparziale applicazione della legge cui sarebbero state unicamente soggette, tanto che non è mancato chi propose di considerarle delle "magistrature economiche"⁸. Peraltro, è da sottolineare, come quel particolare apprezzamento per la tendenziale obiettività delle decisioni delle amministrazioni indipendenti risulta, poi, rinforzato dalla valorizzazione di uno dei loro tratti distintivi, qual è quello dell'elevata *expertise* tecnica dell'istituzione⁹. Aspetto, si deve evidenziare, che è ulteriormente valorizzato da un contesto normativo che vuole queste autorità particolari investite di una vigilanza il cui esercizio richiede loro l'attuazione/concretizzazione per via amministrativa di disposizioni legislative – domestiche o europee – formulate per principi o clausole generali di cui, poi, devono garantire l'applicazione, orientandone anche l'interpretazione, come si trae dalla disciplina Ivass (art. 5, comma 2, cod. ass.).

Dunque, prescindendo del tutto da un aggancio al dato normativo – muovendo, appunto, da una considerazione pregiudica del "fenomeno autorità indipendenti" - si traggono una serie di "argomenti retorici" che consentono, non solo, d'attribuire una particolare attendibilità alle loro determinazioni ma anche di ritenerle il veicolo per l'individuazione della soluzione preferibile a fronte di possibili prospettazioni tecniche parimenti valide in quanto dotate di

Tecnica, politica e democrazia, Torino, 2019, p. 31 ss. Ulteriormente, mi sia consentito rinviare, per l'esame degli elementi sintomatici dell'indipendenza, a G. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 63 ss.

⁸È immediato, ricordare le riflessioni di uno dei "primi" presidenti di Consob che, nella prospettiva dell'allargamento dell'azione di vigilanza dell'amministrazione, evidenziava come la posizione istituzionale della Commissione, che ne garantiva la sottrazione al controllo politico, permetteva di assimilarla ad «una magistratura economica». Cfr. F. PIGA, *Appunti per una relazione sui temi attuali dell'ordinamento delle Consob e della disciplina dei mercati finanziari*, in *Riv. it. leasing*, 1988, pp. 515-516.

⁹Cfr. M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in AA.VV., *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, a cura di M. D'ALBERTI, A. PAJNO, Bologna, 2010, pp. 11 - 13.

una persuasione scientifica equivalente¹⁰. Da lì la loro “elevazione materiale” a fattore insindacabile di arbitraggio della selezione dei criteri di integrazione delle disposizioni normative che rinviano a standard extragiuridici per il loro “completamento”.

In altra prospettiva, si è diffusa l'idea che le “verità” risultanti dagli accertamenti delle amministrazioni di settore creino persuasioni affidabili, costituiscono prove privilegiate di un fatto incerto, il cui superamento non può essere realizzato in sede processuale civile ricorrendo ad elementi che nel procedimento amministrativo la P.A. non ha ritenuto idonei a superare l'ipotesi che la prima si prefiggeva di verificare¹¹.

Ancora, gli accertamenti che sono alla base di applicazione di sanzioni amministrative di competenza delle amministrazioni di settore vengono impiegati come fattore di individuazione del significato della disposizione formulata tramite principi, ai fini dell'affermazione della responsabilità omissiva di organi di amministrazione e controllo di enti soggetti a vigilanza¹². In innumerevoli casi l'alto profilo tecnico dell'amministrazione e la sua terziarietà/indipendenza, dunque, risultano determinati ai fini del giudizio di attendibilità – semi assoluta – loro riconosciute dal giudice civile¹³.

¹⁰A tanto inducono a concludere alcune considerazioni rinvenibili in un passo d'una sentenza della Corte regolatrice sui limiti al controllo del giudice sugli atti di Agcm e, comunque, estensibili ad ogni altra autorità indipendente. Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Dir. proc. amm.*, p. 1057 ss., infatti, giustifica la insindacabilità di valutazioni tecniche opinabili da parte del giudice perché se si ammettesse una simile eventualità «significherebbe misconoscere» la ragione stessa per cui «il legislatore ha stimato necessario dare vita ad un organismo al tempo stesso indipendente e dotato di specifiche competenze professionali».

¹¹Cass., 16 gennaio 2013, n. 5327, in *De Jure*, ove viene valorizzato il contenuto accertativo applicativo del diritto della concorrenza da parte di Agcm, ai fini del riconoscimento di un danno lamentato dai consumatori lesi dall'intesa tra imprese assicurative.

¹²Per il riconoscimento di valore forte ad un provvedimento sanzionatorio di Isvap, si veda, Cass., 27 aprile 2011, n. 9348, in *De Jure*, mentre per la recezione delle valutazioni di Banca d'Italia, si segnalano, Trib. Catania, 5 febbraio 2016, in *www.dirittofallimentare.it* e Cass., 11 giugno 2020, n. 11267, in *De Jure*, l'una relativa alla valutazione negativa sui processi di erogazione del credito e l'altra in punto di sussistenza dei requisiti per la dichiarazione dello stato d'insolvenza di una banca.

¹³Per l'esame di questo aspetto e per altri riferimenti giurisprudenziali, mi si consenta di rinviare a, G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari*, Napoli, 2020, p. 34 ss.

Un carattere “organizzativo” frainteso, contemporaneamente valorizzato e temperato dal giudice amministrativo tramite il riconoscimento delle garanzie procedurali¹⁴ e, poi, ulteriormente, giustamente ridimensionato dalla Corte costituzionale¹⁵.

La Consulta, invero, ha recentemente escluso che Agcm possa sollevare direttamente la questione di costituzionalità di una legge, negandole - per il suo modo di essere ed operare – l'assimilazione a un giudice. Infatti, l'autorità, pur facendo applicazione della legge, risulta carente di quel requisito costituito dalla terziarietà perché tutta la sua opera è polarizzata da un interesse specifico qual è quello della garanzia e tutela della concorrenza. Dunque, Agcm, pur non agendo in un singolo mercato, lo regola attraverso il compimento di un continuo di scelte discrezionali e di bilanciamenti di posizioni, in ragione della soddisfazione di quella funzione che le è stata assegnata¹⁶.

A ben vedere, però, la Corte costituzionale conferma l'ovvio e cioè che i “prodotti” delle autorità indipendenti – che sono le parti costanti di un rapporto di vigilanza che le contrappone dialetticamente ai vigilati - non sono suscettibili di essere considerati, per il fatto della loro provenienza, dotati di rilevanza oggettiva e di una peculiare attendibilità derivabile da una asserita/supposta terziarietà¹⁷.

3. Il secondo fattore culturale: l'atteggiamento della dottrina nei confronti della regolazione indipendente.

¹⁴Cons. Stato, Sez. VI, 14 dicembre, n. 2020, n. 7972, in *www.giustizia-amministrativa.it*, per una cui analisi mi permetto di rinviare a G. ROMAGNOLI, *Natura “provvedimentale” delle comunicazioni atipiche “qualificatorie” di Consob e condizioni necessarie per il valido esercizio del relativo del potere*, in *Diritto bancario*, 2021, p. 389 ss.

¹⁵Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in *www.cortecostituzionale.it*

¹⁶Per Cort. cost., 19/2019, cit., Agcm non può essere considerata giudice *a quo* – sia pur ai limitati fini della questione di legittimità costituzionale – perché la sua attività applicativa della legge è svolta in difetto del requisito della terziarietà (par. 5 considerazioni di diritto). Infatti, l'autorità, come tutte le amministrazioni indipendenti, è investita di «una funzione amministrativa discrezionale il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco» (par. 8 considerazioni di diritto). Come tutte le amministrazioni, infatti, Agcm «è portatrice di un interesse pubblico specifico che è quello della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10, l. 287/1990), e, quindi, non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi ed alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale».

¹⁷F. APERIO BELLA, *op. cit.*, pp.123 – 128.

La situazione descritta, ulteriormente, sembra suscettibile di “amplificazione” per l’operare di un secondo fattore culturale rappresentato da quel diffuso atteggiamento “remissivo/passivo” serbato dalla dottrina a fronte della produzione degli altri atti di regolazione delle autorità indipendenti. La prima, infatti, solo in tempi recenti ne ha denunciato “l’invadenza”, limitandosi, per lo più, a prendere atto delle loro molteplici manifestazioni prescrittive¹⁸, cimentandosi nella ricerca di un significato in grado di superare le differenze e gli attriti emergenti dal loro confronto con la legislazione domestica su cui non sono abilitate ad incidere¹⁹.

Ad esemplificazione di quanto prospettato può ricordarsi come si è posta la più autorevole dottrina nei confronti della disciplina subprimaria elaborata da Banca d’Italia in forza dell’amplessima delega conferitale dall’art. 53, comma 1, t.u.b. A quella, infatti, è parsa sufficiente la sola indicazione dell’investitura dell’autorità – senza altra prescrizione - alla approvazione delle regole sul contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, sul “governo societario”, sui sistemi di controllo interno e sull’organizzazione amministrativa e contabile²⁰. Anche i più accreditati studiosi, dunque, paiono postulare una sorta di riserva amministrativa alla prefigurazione di una normativa dai connotati latamente tecnici per cui ciò che viene fissato in via regolamentare dall’autorità – sulla base di una disposizione delegante assolutamente generica – risulta, a sua volta, assolutamente indiscutibile. In altri termini, la delega generica recata dalla disposizione primaria ad attualizzare/definire clausole generali che rinviano a standard tecnici²¹, pare reputarsi sufficiente per l’esercizio della potestà norma-

¹⁸Cfr. P. MARCHETTI, *Il crescente ruolo delle autorità di controllo nella disciplina delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 33 ss.; M. CERA, *Le società quotate vent’anni dopo il TUF. Il complesso (mobile) sistema delle fonti e delle vigilanze*, in *Analisi giur. dell’ec.*, 2019, p. 491 ss.

¹⁹Cfr. G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 48 ss.

²⁰Cfr. R. COSTI, *La trasformazione dell’ordinamento bancario*, in *Banca impr. e soc.*, 2019, p. 188 ss.

²¹Cfr. R. COSTI, *op. cit.*, p. 189, che ricorda come le c.d. norme di vigilanza bancaria abbiano «attribuito valore giuridico ad una serie di regole aziendalistiche che, normalmente, venivano considerate giuridicamente irrilevanti».

tiva. Da lì il superamento della necessità di indicazioni che ne limitano la discrezionalità – appunto perché la scelta tecnica, rimessa alla indiscutibile sensibilità dell'amministrazione precedente, rende superflua ogni ulteriore prescrizione integrativa da parte della norma sulla normazione²².

In conclusione, l'imputazione della responsabilità/paternità dei prodotti ad un'amministrazione indipendente - e non solo altamente specializzata - pare essere stata circostanza idonea a rendere indiscutibile qualunque opzione anche se non facilmente conciliabile con altri precetti di rango primario e, dunque, ad indurre a non chiedersi se le prescrizioni normative (e non) potessero essere effettivamente adottate e, quindi se ed in che misura fossero legittime. Dunque, la normalizzazione d'uno stato di supina accettazione ha indotto – come anticipato – ad esplorare solo il versante della ricerca di una conciliazione, per tornare al nostro esempio, della loro carica conformativa con le altre regole societarie preesistenti²³.

Nel porre in dubbio quell'atteggiamento sembra doversi ricordare l'ovvio; cioè che anche il potere normativo, in quanto prerogativa amministrativa, richiede in principio tanto l'individuazione non solo di una norma attributiva della potestà di normazione ma anche di altre che ne fissano le condizioni di esercizio²⁴. La legge, in altri termini, per assolvere la sua funzione di garanzia deve definire dei criteri che vadano a delimitare la discrezionalità dell'amministrazione; criteri che, pur suscettibili d'integrazione, tramite l'interpretazione sistematica – allargata al diritto UE – devono esistere²⁵.

²²Cfr. S. AMOROSINO, *La conformazione regolatoria della governance delle società bancarie da parte della Banca d'Italia*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, pp. 2012-213; ID, *La regolazione pubblica*, cit., pp. 133 - 136.

²³A titolo esemplificativo, si veda, V. CALANDRA BONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca, impr. e soc.*, 2015, p. 19, ss., che peraltro, invitava a riflettere sulla coerenza della disciplina regolamentare con quella di diritto comune (p. 30).

²⁴Tra le ultime, sul punto, si veda, Cort. cost., 18 gennaio 2021, n. 5, par. 51. e 5.2, considerazioni di diritto, in www.cortecostituzionale.it.

²⁵La delega normativa del t.u.b. non sembra integrabile richiamando i regolamenti e le direttive dell'Unione poiché quelle fissano dei criteri di organizzazione dell'impresa, senza toccare il modello societario. Dunque, gli atti d'armonizzazione devono essere recepiti rispettando e non stravolgendo il modello societario che di per s'è è estraneo alle politiche (competenze)

4. Il terzo fattore culturale: l'atteggiamento “conservativo” del giudice amministrativo e la legittimazione dei c.d. poteri impliciti.

Un terzo fattore culturale – che emerge da una considerazione d'insieme delle pronunzie del giudice amministrativo – può indicarsi nell'avvertita necessità di garantire un intervento assolutamente ampio e pervasivo a tutela di valori che trovano riconoscimento costituzionale od in disposizioni europee. Da quell'assioma – in tesi giustificabile da ragioni di effettività di taluni diritti – deriva, dunque, la persuasione d'un bisogno di copertura, tendenzialmente continuativa, dei c.d. interessi sensibili e da lì il riconoscimento, in particolare, alle amministrazioni indipendenti della spettanza di prerogative inesprese e, ulteriormente, la conseguente giustificazione di interventi dotati di una variabile capacità condizionante, altrimenti preclusi da una lettura stretta del principio di legalità.

Anche di recente il Consiglio di Stato²⁶ - nel definire un contenzioso in cui venne posta in discussione la legittimità d'una comunicazione Consob²⁷ - ha manifestato un'ampia apertura alle prerogative delle autorità di settore, deputate alla regolazione, intesa come funzione concepita per intervenire in *«ambiti in costante evoluzione per dinamiche di mercato differenti»*²⁸, quali i “comparti” finanziari della Ue, dunque, insuscettibile di essere rimodulato dai regolamenti della stessa Unione.

²⁶Cons. Stato, Sez. VI, 7972/2020, cit., per un esame della quale mi si consenta di rinviare, nuovamente, G. ROMAGNOLI, *Natura “provvedimentale” delle comunicazioni atipiche “qualificatorie” di Consob*, cit., p. 389 ss.

²⁷Comunicazione n. 0106341 del 13 settembre 2017, «Telecom Italia S.p.A. – Qualificazione del rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in Telecom Italia S.p.A. ai sensi della disciplina in materia di operazioni con parti correlate, dell'art. 2359 del codice civile e dell'art. 93 del d.lgs. n. 58/1998 (“TUF”)», in www.consob.it.

²⁸È significativo come il collegio, muova da una sorta di precomprensione del ruolo istituzionale delle autorità di regolazione che lo porta a considerarle delle amministrazioni più libere nel loro agire e, contrariamente all'opinione più autorevole – G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, p. 163 ss.- abilitate ad operare in un contesto che di per sé legittimerebbe l'impiego di strumenti inominati per la realizzazione di effettive forme di tutela degli interessi ricavabili anche avendo riguardo alle ragioni che hanno condotto alla loro istituzione. Per una recente riconsiderazione dell'immutata attualità della condivisibile impostazione dell'autorevolissimo giurista, si rinvia a F. CINTIOLI, *Il pensiero di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri, oggi e domani* (2020), in www.federalismi.it. Per una riflessione critica sulla affermazione, diffusa in giurisprudenza, della correlazione tra “genericità” delle prescrizioni attributive dei poteri e caratteristiche del settore, si vedano, per tutti, E. BRUTI LIBERATI, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *Analisi giur. dell'ec.*, 2020, p. 51 ss. e spec. 59 ss.; M. RAMAJOLI,

ove risulterebbe «oggettivamente complesso per il legislatore predeterminare quale possa essere (...) il contenuto del provvedimento amministrativo»²⁹.

Per il giudice d'appello, la Commissione nazionale per le società e la borsa - e più in generale ogni autorità indipendente - è in grado di condizionare le condotte dei vigilati ogni qual volta addotta atti contenenti apprezzamenti relativi ad elementi di fattispecie normative ricomprese nel suo raggio d'azione od attinenti a fatti che possono essere oggetto di successive attività istituzionali della medesima. La loro conoscibilità – conseguente alle varie forme di pubblicazione e comunicazione agli interessati - è reputata fattore che, unito ad altri, determina l'idoneità a produrre effetti conformativi ampiamente intesi. Tanto deriverebbe dal concorso del primo su indicato elemento con la percezione dell'elevata competenza tecnica dell'autorità, della sua imparzialità nonché dall'operare della c.d. presunzione di legittimità delle sue decisioni.

Il giudice della nomofilachia amministrativa, dunque, ammette l'adottabilità di provvedimenti atipici, escludendo che quelli possano essere messi “fuori gioco” con una lettura rigorosa del principio di legalità, poiché ritiene che il loro fondamento sarebbe ricavabile «all'esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia, perché strumentali all'esercizio di altri poteri»³⁰. Dunque, opera il salvataggio di una prerogativa innominata³¹ - con correlativa espansione della sfera di influenza dell'amministrazione - facendo propria la “versione” più ampia della c.d. teoria dei poteri impliciti, vale a dire quella che, individuato il bene legislativamente tutelato, reputa ammesso, in principio, ogni mezzo idoneo a soddisfare le finalità istituzionali proprie della P.A. procedente³². In nome di un'asserita esigenza di garantire un'effettiva tutela dei beni pro-

Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze, in *Riv. regolazione*, 2018, p. 170 ss. Da ultimo, P. PANTALEONE, *Regolazione indipendente e anomalie al cospetto delle matrici della legalità*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2020, p. 421 ss.

²⁹Cons. Stato, sez. VI, 7972/2020, cit., par. 3.1.1.

³⁰Cons. Stato, sez. VI, 7972/2020, par. 3.1.1.

³¹Esercitata tramite l'adozione della comunicazione impugnata.

³²Finalità che sono erette a limite del contenuto delle determinazioni e, tendenzialmente, portano ad escludere solo quelle scelte che producono da effetti che non sono riconducibili o compatibili con le prime. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182, in *www.giustizia-*

tetti – e dunque un'azione amministrativa funzionalmente efficace – si ritiene consentita e, quindi, legittima ogni prerogativa in qualche modo utile – e, pertanto, non solo strumentale – alla realizzazione del fine esplicitato dalla legge³³.

Nella sostanza, la capacità di condizionamento dell'atto innominato discende direttamente dal fatto della provenienza da un'autorità investita di un'ampia funzione di vigilanza su d'un segmento del mercato finanziario, senza appunto che occorra rinvenire la previsione di legge specifica che consenta alla P.A. di imporre obblighi od attribuisca ad i suoi apprezzamenti una valenza privilegiata. L'atto innominato è considerato manifestazione di un potere pubblicistico per essere stato adottato in connessione con le finalità istituzionali. Tanto basta per attribuire all'amministrazione una posizione di supremazia sufficiente a generare effetti unilaterali vincolanti a carico dei terzi, che ne hanno conoscenza e perciò sono considerati titolari di posizioni “cedevoli” in caso di corretto impiego della prerogativa concretamente esercitata³⁴.

L'apertura del giudice speciale alle iniziative delle autorità di vigilanza, peraltro, come di consueto, viene temperato dal richiamo alla c.d. legalità procedimentale costantemente vista come forma di compensazione della “perdita od arretramento” della legalità sostanziale. Una sorta di “controbilanciamento dinamico” sortito dalla prima, consentirebbe di escludere il superamento della seconda, colmando i vuoti della legge e la sua difficoltà «*di predeterminare in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità*».

Per il Consiglio di Stato, però, la forza legittimante delle regole procedurali non può essere considerata assoluta poiché quella dipende dalla loro esatta e rigorosa applicazione. Il giudice, infatti, sottolinea come quelle, pur sempre, costituiscono «*un utile ancorché parziale completamento delle garanzie sostanziali*»³⁵, che “salvano” la determinazione finale in quanto siano state puntual-

amministrativa.it.

³³Cfr. P. PANTALEONE, *op. cit.*, p. 429.

³⁴Cons. Stato, sez. VI, 7972/2020, cit., par. 4.1.

³⁵Cons. Stato, sez. VI, 7972/2020, par. 3.1.1. di motivazione ove si legge che «*Il rispetto delle regole di partecipazione serve, pertanto, a restituire, almeno in parte, coerenza al sistema, assicurando il recupero delle garanzie e la prevedibilità oggettiva dei possibili sviluppi provvedimenti, nonostante l'opacità*

mente rispettate e, stante la loro valenza costituzionale, gli eventuali vizi non sono superabili invocando il regime delle invalidità formali (art. 21-*octies* l. 241/1990). Dunque, poiché solo la correttezza procedurale può consentire di ricondurre – eccezionalmente³⁶ - il potere assolutamente atipico nell'ambito della legalità costituzionale non è dato consentire all'amministrazione di difendersi nel giudizio di impugnazione facendo valere la disposizione tesa al contenimento delle invalidità. La dinamica contenziosa- la contrapposizione netta tra posizione della parte pubblica e di quella privata – cioè tra chi ha la prerogativa di imporre e chi è in posizione di soggezione - di per sé stessa «*impedisce di svolgere un giudizio prognostico favorevole alla pubblica amministrazione in ordine alla irrilevanza di una eventuale partecipazione. Vengono, infatti, in rilievo ampi profili decisori di contenuto giuridico che implicano valutazioni le quali rinvergono proprio nel procedimento la loro sede naturales*»³⁷.

Anche ammettendo la massima capacità “contenitiva” della legalità procedimentale, comunque, risulta evidente come quell'interpretazione dischiuda ad una dubbia quanto smisurata apertura alle prerogative di intervento e, dunque, ai fini d'interesse, un'amplificazione del potere di influenza delle autorità di settore³⁸. La legittimazione del potere inespresso tramite il criterio della strumentalità - per poggiare su d'una nozione indeterminata, connotata da un'ampissima elasticità – ben si presta a consentire interpretazioni “ampiamente discrezionali” che, in ragione della necessità del momento, consentono lettu-

della legge sostanziale di disciplina dei poteri regolatori». E' bene precisare che la descritta funzione di “compensazione” non comporta un pieno recupero del fondamento democratico della legalità, in ragione della non omogeneità tra predeterminazione legislativa sostanziale delle regole e partecipazione procedimentale, ma assicura un maggiore livello di garanzie per il privato».

³⁶Il giudice amministrativo, infatti, avverte dell'eccezionalità della soluzione, inviando un monito al legislatore di ridurre al minimo le incertezze che sono coesenziali alla individuazione dei poteri impliciti. In motivazione - Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972 , par. 3.1.1, - la sezione esorta il legislatore all'adozione di «*misure più pregnanti, modulate alla luce della materia regolata, anche i settori di competenza delle Autorità indipendenti per ridurre l'ambito di operatività dei poteri impliciti e assicurare una più certa compatibilità costituzionale*».

³⁷Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 dicembre 2020, n. 7972 , par. 3.2.

³⁸G. ROMAGNOLI, *Natura “provvedimentale” delle comunicazioni atipiche “qualificatorie” di Consob*, cit., p. 399.

re che avallano dilatazioni eccessive e non definite delle competenze delle diverse amministrazioni indipendenti³⁹.

5. Il quarto fattore culturale: l'atteggiamento "conservativo" del giudice ordinario. Deferenza, negazione della rilevanza delle regole procedurali e limitazione dei controlli sugli atti delle amministrazioni indipendenti.

Concludendo, il quarto ed ultimo fattore di amplificazione della capacità o sfera di influenza delle autorità indipendenti sembra ravvisabile nell'atteggiamento conservativo del giudice ordinario. Atteggiamento complesso che si manifesta tramite una svalutazione delle regole poste a presidio della correttezza amministrativa e, quindi, anche tramite una sostanziale limitazione dell'argine costituito dalla legalità procedimentale.

Postulato di tale atteggiamento è la già ricordata specialità delle amministrazioni indipendenti, la cui istituzione implicherebbe di per sé una sfera di attività riservata ed oggettivamente insindacabile⁴⁰. Aspetto ulteriormente amplificato dall'attribuzione della delega loro conferita, tramite disposizioni legislative di principio, a definire una regolamentazione a connotazione tecnica e dall'ulteriore circostanza che non solo le norme primarie ma anche quelle sub-primarie sono formulate tramite l'impiego di concetti giuridici indeterminati o clausole generali⁴¹ che, ulteriormente, richiedono il compimento di scelte applicative di natura discrezionale.

³⁹Per una critica al criterio elastico della strumentalità e per le sue possibili conseguenze, si veda, G. MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in *Riv. regolazione*, 2017, p. 273.

⁴⁰Si veda nota 9.

⁴¹Spesso, infatti, le autorità di vigilanza evitano di elaborare disposizioni regolamentari carattere preciso e definito per scongiurare – come dichiarato in diverse loro relazioni annuali, G. ROMAGNOLI, *Consob*, cit., pp. 28 - 29 e p. 104 ss. – la veloce «obsolescenza» dei propri precetti. Di qui, la necessità d'un'integrazione in sede applicativa, spesso implicante valutazioni tecniche da effettuarsi secondo criteri non predefiniti, con conseguente perdita della capacità orientativa della regola scritta, il cui significato – se non precisato tramite manifestazioni auto-vincolanti della stessa autorità competente - non potrà che essere attuato che in sede applicativa od anche sanzionatoria, se si segue la discutibile prospettiva. Per Cass., 7 agosto 2012, n.14210, punto 7.1 di motivazione, in *De Jure*, legittimamente Consob potrebbe definire – a posteriori – con provvedimento applicativo della misura punitiva, il precetto cui si doveva attenere. Per una critica all'affermazione giurisprudenziale, mi permetto di rimandare a G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza*, cit., p. 124 ss.

La Corte regolatrice, peraltro, ha ripetutamente censurato per eccesso di potere giurisdizionale le pronunzie del giudice amministrativo che annullavano gli atti delle amministrazioni impugnati facendo valere il vizio d'eccesso di potere (art. 21-*octies* l. 241/1990)⁴². La Cassazione, infatti, indifferente al monito della Consulta, ha ritenuto che il giudice speciale non possa mai spingersi a sindacare valutazioni ed apprezzamenti che manifestano un oggettivo grado di opinabilità, rischiandosi, altrimenti, la sostituzione del secondo alla valutazione della P.A. Per la prima, dunque, non sarebbe possibile che si dia luogo ad un pieno giudizio sul rapporto amministrativo, teso a controllare il rispetto delle condizioni poste per il corretto esercizio del potere, persistendo su d'una propria posizione restrittiva sui limiti esterni alla giurisdizione e ciò anche se la Corte costituzionale aveva rimarcato come il ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione non comprende il sindacato sugli errori in “giudicando ed in procedendo” contro le sentenze del Consiglio di Stato⁴³.

Quella negazione della rilevanza delle regole procedurali risulta ancora più evidente quando si ponga attenzione al sindacato che il giudice ordinario compie sulle determinazioni punitive delle autorità di vigilanza bancaria e finanziaria. In questi ambiti, la tradizionale ritrosia e la sua scarsa propensione al misurarsi con le regole e le dinamiche di esercizio del potere - anche quando interessano elementi presupposti della sua decisione - conducono ad una sostanziale inoppugnabilità di ogni apprezzamento che può incidere sul giudizio di correttezza o scorrettezza della condotta del vigilato.

La tendenziale stabilità della sanzione – derivante anche dalla limitazione degli spazi per i motivi di ricorso - conduce, in modo pressoché necessario alla valorizzazione della portata di tutte quelle determinazioni provenienti dall'amministrazione che – anche non formalmente vincolanti – contengono indicazioni di condotte astrattamente preferibili o veicolano interpretazioni di

⁴²Sul problema, mi si consenta rinviare a G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza*, cit., p. 277 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴³Cort. cost., 6 gennaio 2018, n. 6, par. 11 di motivazione, in www.cortecostituzionale.it.

disposizioni normative formulate dall'autorità o quella lettura che tra le tante possibili è da quella preferita. Il timore deferenziale dei vigilati – preoccupati di mantenere buoni rapporti con la P.A. e di non esporsi a quel discredito obiettivamente connesso con l'apertura di un procedimento “correttivo sanzionatorio” nei loro confronti – risulta così potentemente rinvigorito dal timore, che è sostanziale certezza, di non poter contare su d'una piena revisione giudiziale e sull'inversa certezza della conferma del provvedimento repressivo⁴⁴.

Il risultato, se non ci si inganna, consegue all'operare di due “subcomponenti” culturali: una prima data dal riconoscimento alla P.A. della funzione esclusiva di fissare i valori rilevanti cui si riferiscono le disposizioni costruite tramite standard e principi generali; una seconda data dalla totale svalutazione della garanzia procedimentale, il cui rispetto sarebbe assolutamente irrilevante ai fini della verifica della legittimità della determinazione punitiva impugnata.

Se si considera la prima subcomponente ci si accorge di come la formulazione delle regole per clausole generali faciliti un giudizio svincolato da un parametro normativo – che implica una “sussunzione” di condotta nella regola – per far spazio, appunto, ad uno incentrato sulla capacità del comportamento sindacato a soddisfare pienamente un valore che viene intuito e costruito dall'interprete, sulla base della propria sensibilità rispetto ad un interesse ritenuto fondamentale, a prescindere da qualunque parametro oggettivo di riferimento. Si trasla – anticipandolo nella sede amministrativa – un metodo di giudizio che è stato condivisibilmente criticato dalla più autorevole dottrina⁴⁵. Questa, nel lamentare il diffondersi d'un generale stato di incertezza, ha stigmatizzato come il giudizio che si svolge sulla base di valori, per il suo carattere aperto ed intimistico, impedisce la previsione del suo esito e lo svolgimento di un controllo sulla sua correttezza.

⁴⁴R. COSTI, *La difesa del sanzionato: una missione impossibile*, in *Banca imp. soc.*, 2019, p. 3 ss.; S. AMOROSINO, *Effettività della tutela, giurisdizione ordinaria e ruolo del giudice amministrativo in tema di sanzioni di Banca d'Italia e Consob*, in AA.VV., *Liber amicorum per Vittorio Domenicelli*, Napoli, 2018, p. 3.

⁴⁵N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 27 ss.

La condivisione da parte del giudice dei valori individuati dall'autorità si traduce, dunque, in una sostanziale inoppugnabilità dei giudizi che la prima esprime sulle condotte concrete, anche a prescindere da qualunque opera di comparazione tra condotta e la regola che ne fissa i parametri di correttezza.

Eloquente esempio di tal modo di operare è il trattamento riservato agli amministratori delle banche. La sanzione loro comminata viene, prima applicata, perché a parere dell'autorità non hanno fatto abbastanza e, poi, confermata dal giudice dell'opposizione perché i primi non hanno dimostrato che far di più era oggettivamente impossibile o non hanno dimostrato, ancora, d'aver fatto non solo tutto l'astrattamente possibile ma anche l'immaginabile. Nel corso dell'impugnazione della sanzione comminata per un'asserita inadeguatezza del sistema organizzativo il magistrato non verifica se sussistevano gli elementi per dubitare della sufficienza di quell'assetto interno; al contrario, muove dall'affermazione assoluta della necessità di tutelare quel valore costituzionale del risparmio (art. 47, comma 1, Cost.)⁴⁶, la cui rilevanza richiede lo svolgimento di ogni attività possibile ed astrattamente immaginabile⁴⁷, a prescindere da quanto

⁴⁶La più sensibile dottrina, peraltro, ha evidenziato il valore retorico del richiamo all'art. 47 Cost. nell'economia delle sentenze che confermano il giudizio di valutazione negativa compiuto dalle amministrazioni che presidiano il mercato del risparmio. In tal senso si veda A. ANTONUCCI, *La responsabilità degli amministratori delle banche*, in AA. VV., *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali. Profili sostanziali e processuali*, a cura di M. DE POLI e G. ROMAGNOLI, Pisa, 2020, p. 194.

⁴⁷Cfr. Cass., 4 settembre 2014, n. 18683, in *De Jure*, secondo cui, «Il nuovo art. 2392 cod. civ., a sua volta, continua a prevedere che gli amministratori "sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose». Questo dovere della compagine dei consiglieri non esecutivi è particolarmente stringente in materia di organizzazione e governo societario delle banche, anche in ragione degli interessi protetti dall'art. 47 Cost., la cui rilevanza pubblicistica plasma l'interpretazione delle norme dettate dal codice civile. La diligenza richiesta agli amministratori risente, infatti, della "natura dell'incarico" ad essi affidato ed è commisurata alle "loro specifiche competenze" (art. 2392 cod. civ.).

In materia di società bancarie, il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi non è rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dagli amministratori delegati attraverso i rapporti dei quali la legge onera questi ultimi, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante ed adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni assunte dall'intero consiglio (al quale è affidata l'approvazione degli orientamenti strategici e delle politiche di gestione del rischio dell'intermediario), hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter utilmente ed efficacemente esercitare una funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi attraverso un costante flusso informativo; e ciò non solo in vista della valutazione dei rapporti degli amministratori delegati, ma anche ai fini della diretta ingerenza nella delega attraverso l'esercizio dei poteri, di spettanza del consiglio di amministrazione, di direttiva e di avocazione».

consentito dalla legge al singolo consigliere privo di deleghe, che siede nel c.d.a.⁴⁸.

La seconda subcomponente, può, invece, essere indicata nella materiale svalutazione delle regole sull'azione amministrativa che il giudice ordinario opera in sede processuale. Infatti, il giudizio di opposizione alla sanzione si sostanzierebbe nell'esame di una situazione giuridica posta a base dell'atto impugnato (di natura ricognitiva accertativa) come tale assolutamente insensibile ai vizi dell'attività procedimentale da cui potrebbe totalmente prescindere perché quelli non potrebbero mai incidere sulla sostanza della pretesa decritta nella determinazione contestata. Il rapporto da considerare, in altri termini, sarebbe una "relazione legale", puntualmente definita dalla legge; questa, infatti, indicherebbe nella violazione del precetto la fonte d'un'obbligazione derivante dal fatto storico, esistente indipendentemente dall'attività svolta ai fini del suo accertamento. Per la Corte regolatrice l'autorità «che procede alla irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie non esercita, infatti, un potere amministrativo in senso proprio e con effetti costitutivi, ma adempie semplicemente al dovere istituzionale di provvedere alla riscossione di un credito già sorto per effetto della violazione»⁴⁹.

Rinviando ad altra sede la critica all'impostazione giurisprudenziale, non può prescindere dal sottolineare la sua incompatibilità frontale con le recenti indicazioni rinvenienti dalla novellazione dei testi unici economici. Questi, anche se non v'era bisogno, sgombrano ogni dubbio relativo alla natura discrezionale della funzione punitiva (art. 311-*bis* e 324-*ter*, cod. ass.; art. 311-*ter*, comma 1 e art. 324-*quater*, cod. ass.; art. 187-*ter*.1, comma 9, lett. a – b, t.u.f; art. 192-*bis*, comma 1, lett. a-b, t.u.f.; art. 193, comma 1, lett. a-b, Tuf; art. 194-*quater*, comma 1, lett. a-b t.u.f.; art. 144-*bis*, comma 1, t.u.b.)⁵⁰; evidenziano, infatti, come quella non sia una attività rigorosamente vincolata, prospettando l'applicazione

⁴⁸G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza*, cit. p. 149 ss.

⁴⁹A. GENOVESE, *Il controllo del giudice sulla regolazione finanziaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, I, p. 55 ss.

⁵⁰ Sull'individuazione della natura della funzione punitiva e sulla sua riconduzione all'amministrazione attiva, mi si permetta di rinviare a, G. ROMAGNOLI, *Il potere punitivo delle autorità di vigilanza*, cit., p. 74 ss.

della sanzione pecuniaria come il risultato di un bilanciamento tra diversi interessi e, dunque, come quella possa essere ricompresa tra le funzioni di amministrazione attiva. Funzione, si insiste, che richiede il compimento decisioni il cui contenuto è rimesso – nel rispetto di taluni vincoli – all'amministrazione ma la cui caratteristica è, da tempo negata, tramite un suo declassamento ad attività vincolata da una Corte regolatrice che - contrariamente alle indicazioni della Carta fondamentale (art. 24 e 113, comma 1 - 2, Cost.) – è sostanzialmente preoccupata di comprimere le aree del controllo giurisdizionale.

BENEDETTA GIORDANO
Dottoranda di ricerca Università degli Studi del Sannio
bgiordano@unisannio.it

NICOLETTA PICA
Dottore di ricerca Università degli Studi del Sannio
picanicoletta@gmail.com

**INTERVENTI SUI MARGINI: DISUGUAGLIANZE
TERRITORIALI E POTENZIALITÀ DELLA SUSSIDIARIETÀ
ORIZZONTALE**

**PERIFERIE URBANE E AREE INTERNE COME
OCCASIONE DI SOLIDARIETÀ NAZIONALE, CRESCITA E
SVILUPPO CIVILE**

**INTERVENTIONS ON MARGINS: TERRITORIAL INEQUALITIES
AND THE POTENTIAL OF HORIZONTAL SUBSIDIARITY**

**URBAN SUBURBS AND INNER AREAS AS AN OPPORTUNITY FOR
NATIONAL SOLIDARITY, GROWTH AND CIVIL DEVELOPMENT**

SINTESI

L'articolo si propone di approfondire le potenzialità della sussidiarietà orizzontale per il superamento delle disuguaglianze nelle aree interne del Paese e nelle periferie urbane, entrambe caratterizzate da condizioni di disagio suscettibili di limitare il godimento dei diritti sociali.

A tal fine, l'analisi muove dall'inquadramento delle politiche pubbliche adottate per lo sviluppo socio-economico delle due dimensioni territoriali in esame, che, seppure connotate da problematiche di diversa natura ed origine, risultano accomunate dai benefici ritraibili dall'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 co. 4 Cost.

Le declinazioni del principio in esame variano sensibilmente a seconda del perimetro territoriale considerato, potendosi realizzare: per le aree interne, attraverso strumenti che favoriscono, mediante un approccio *place-based*, il pro-

tagonismo delle comunità locali nella definizione e nell'attuazione degli interventi valorizzandone il potenziale di sviluppo endogeno; per le periferie urbane, attraverso l'implementazione dei modelli collaborativi e di amministrazione condivisa già sperimentati in alcune realtà locali, nonché con la promozione delle pratiche riconducibili al paradigma della *sharing economy*.

Delineato lo strumentario di cui gli enti locali possono avvalersi per promuovere il contributo della società civile, la ricostruzione del quadro costituzionale - in particolare le connessioni della sussidiarietà orizzontale con il principio pluralista, solidarista e di uguaglianza sostanziale - consentirà di concludere per la necessità di politiche pubbliche volte a favorire l'attivismo civico per lo sviluppo dei territori.

ABSTRACT

The article aims to investigate the potential of horizontal subsidiarity for overcoming inequalities in the inner areas of the country and in the urban suburbs, both characterized by conditions of hardship capable of limiting the enjoyment of social rights.

To this end, the analysis starts from the framework of the public policies adopted for the socio-economic development of the two territorial dimensions considered, which, although characterized by problems of different nature and origin, are united by the benefits that can be obtained from the application of the principle of horizontal subsidiarity pursuant to art. 118 co. 4 of the Constitution

The declinations of the principle of horizontal subsidiarity vary a lot depending on the territorial perimeter considered. While for inner areas, such principle may be fulfilled itself through tools that favor, using a place-based approach, the protagonism of local communities in the definition and implementation of interventions, enhancing their potential for endogenous development; for urban peripheries, it can be best achieved through the implementation of collaborative and shared administration models already tested in some

local realities, as well as with the promotion of practices related to the sharing economy paradigm.

Having outlined the tools that local authorities can use to promote the contribution of civil society, the reconstruction of the constitutional framework - in particular the connections of horizontal subsidiarity with the principle of pluralism, solidarity and substantial equality - will make it possible to conclude on the need for public policies aimed at promoting civic activism for the development of the territories.

PAROLE CHIAVE: sussidiarietà orizzontale, aree interne, periferie urbane, coesione sociale, disuguaglianze territoriali

KEYWORDS: horizontal subsidiarity, inner areas, urban peripheries, social cohesion, territorial inequalities

INDICE: 1. Considerazioni introduttive - 2. Gli interventi pubblici per le aree interne tra cooperazione intercomunale e valorizzazione delle risorse endogene - 3. La dimensione sociale della "periferia" e le politiche pubbliche per le periferie urbane - 4. Le potenzialità della sussidiarietà orizzontale - 4.1. Il ruolo delle comunità locali nella definizione degli interventi per le aree interne - 4.2. La duplice declinazione della sussidiarietà orizzontale nelle periferie urbane: metodo di definizione delle politiche pubbliche e leva per lo sviluppo delle pratiche collaborative - 5. Considerazioni conclusive

1. Considerazioni introduttive

Nell'ultimo ventennio in tutto l'occidente si è assistito ad un progressivo aumento delle disuguaglianze territoriali che, come dimostrato dall'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile¹ e dalla politica Europea di coesione², si riflet-

¹* L'articolo è espressione di una prospettiva condivisa da entrambe le Autrici. Si precisa che i paragrafi 3, 4, 4.2 e 5 sono da attribuirsi a Nicoletta Pica, mentre i paragrafi 1, 2 e 4.1 a Benedetta Giordano.

L'*Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, sottoscritta nel 2015 dai Governi di 293 Paesi membri dell'ONU, individua 17 obiettivi di sviluppo sostenibile. In particolare l'obiettivo 11 mira a rendere gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, resilienti e sostenibili; a potenziare entro il 2030 un'urbanizzazione inclusiva e sostenibile e la capacità di pianificare e gestire in tutti i paesi un insediamento umano che sia partecipativo, integrato e sostenibile (11.3); nonché a supportare i positivi legami economici, sociali e ambientali tra aree urbane, periurbane e rurali rafforzando la pianificazione dello sviluppo nazionale e regionale (11.a).

²In generale, il fondamento della politica di coesione territoriale va rintracciato nella Costituzione italiana che, attribuendo ai pubblici poteri il compito di rimuovere i possibili fattori di squilibrio, prevede la possibilità di destinare delle risorse aggiuntive allo scopo di «rimuovere gli squilibri economici e sociali» (art. 119, quinto comma), e nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che prevede l'impiego di fondi e misure speciali per promuovere uno «sviluppo armonioso» e «ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite» (art. 174).

tono anche in una dimensione economica e sociale. In Italia tali disparità, oltre ad essere visibili sull'asse Nord-Sud del Paese, si concentrano tanto all'interno delle città, dove vi è una spaccatura tra centro e periferie urbane in termini di servizi e-opportunità, quanto nelle fratture tra poli urbani e aree interne, laddove queste ultime sono relegate ad una condizione di persistente marginalità. In questo contesto si registra una sempre maggiore tendenza a lasciare spazi di protagonismo ai cittadini nonché ai soggetti giuridici privati nell'attuazione di interventi che perseguono obiettivi di sviluppo socioeconomico e di contrasto ai fenomeni di marginalizzazione e di degrado fisico e immateriale.

In questo quadro di riferimento, il presente lavoro si propone di esplorare le potenzialità offerte dalla sussidiarietà orizzontale, nel tentativo di ricostruire le coordinate giuridiche che possono orientare l'attivazione degli attori e delle risorse locali, al fine di rafforzare la coesione sociale e la partecipazione democratica delle comunità locali nella definizione degli obiettivi e degli interventi.

Seppur nella consapevolezza di quanto le due dimensioni territoriali siano connotate da problematiche diverse, si proverà a mettere in luce l'utilità di un approccio che riservi attenzione ai bisogni espressi dalle comunità locali e al coinvolgimento della cittadinanza nella programmazione e nell'attuazione degli interventi, che – come si vedrà - pur essendo ispirati alla logica della sussidiarietà orizzontale, si declinano attraverso l'adozione di strumenti diversi, calibrati sulle peculiarità dei contesti territoriali considerati.

2. Gli interventi pubblici per le aree interne: tra cooperazione intercomunale e valorizzazione delle risorse endogene

Le aree prive di una conformazione urbana compiuta vengono individuate attraverso l'utilizzo di espressioni diverse: in alcuni casi esse sono indicate come «aree rurali», in altre come «aree interne»³ e in altre ancora come «aree

³L'espressione «aree interne» è stata utilizzata per la prima volta dalla *Strategia nazionale per le Aree interne: definizione, obiettivi, strumenti, e governance (SNAI)*, documento strategico di intervento elaborato dal Dipartimento per lo sviluppo e la coesione economica nell'ambito della Politica di coesione e istituzionalizzato dall'Accordo di Partenariato tra Italia e UE per il ciclo di

fragili»⁴. Si tratta di territori che pur non avendo caratteristiche geografiche, storiche, antropologiche e identitarie perfettamente sovrapponibili, sono relegati ad una condizione di «perifericità»⁵, da intendersi non solo come distanza geografica ma anche come marginalizzazione sociale ed economica.⁶

In Italia si può dire che tale condizione di perifericità, nel senso appena descritto, riguarda quasi un terzo della popolazione totale e più di due terzi del territorio⁷.

Appare dunque evidente che in Italia il tema della coesione territoriale e sociale non possa più essere relegato alla questione meridionale: se da una parte permane la frattura tra il Nord e il Sud del Paese, dall'altra si assiste ad un fenomeno per cui il divario tra centri dotati di risorse, servizi ed opportunità da una parte, e territori al margine afflitti da spopolamento, rarefazione e desertificazione dall'altra, interessa trasversalmente tutto il territorio italiano⁸.

programmazione 2014-2020, in conformità all'art. 14 del regolamento UE n. 1303/2013, in relazione a «*quelle aree significativamente distanti dai centri di offerta di servizi essenziali (di istruzione, di salute, di mobilità), ricche di importanti risorse ambientali e culturali fortemente diversificate per natura e a seguito di secolari processi di antropizzazione*» (p. 5).

⁴G. CARROSI, *I margini al centro. L'Italia delle aree interne tra fragilità e innovazione*, Roma, Donzelli Editore 2019.

⁵Per descrivere tale condizione vengono talvolta utilizzate le espressioni «*inner periphery*» e «*internal periphery*»; quest'ultima è stata utilizzata nel 2011 nel *Background document for the Territorial Agenda of the European Union 2020* in cui le «*internal peripheries*» sono definite come «*unique types of rural peripheries in European terms. The vast majority of these areas are located in Central and Eastern and in Southeast Europe and most of them have serious problems. Their peripherality comes primarily from their poor accessibility and paucity of real urban centres where central functions can be concentrated. These problems derive from the historical under-development of these territories and they are often compounded by specific features of the settlement network or social characteristics. The main problems of these areas are their weak and vulnerable regional economies and their lack of appropriate job opportunities. In these circumstances negative demographic processes, notably out-migration and ageing of the population, are getting stronger and stronger. These trends create the conditions for social exclusion, and even territorial exclusion from mainstream socio-economic processes and opportunities. While rural ghettos are mainly a result of social factors, ethnic segregation can make difficult situations worse. This is the case, for example, in rural peripheries of Slovakia, Hungary and Romania where there are areas with high proportions of Roma population.*» (p. 57).

⁶A. COPUS, F. MANTINO, J. NOGUERA, *Inner Peripheries: An Oxymoron or a Real Challenge for Territorial Cohesion?* in *Italian Journal of Planning Practice*, 2017, 7, 24 ss.

⁷A. DE ROSSI, *Riabitare l'Italia. Le aree interne tra abbandoni e riconquiste*, Roma, Progetti Donzelli, 2018.

⁸A. DE ROSSI, *Riabitare l'Italia. Le aree interne tra abbandoni e riconquiste*, cit., prefazione, l'A. osserva che «*L'Italia è disseminata di territori del margine: dal complesso sistema delle valli e delle montagne alpine ai variegati territori della dorsale appenninica, e via via scendendo per la penisola, fino a incontrare tutte quelle zone che il meridionalismo classico aveva indicato come «l'osso» da contrapporre alla «polpa», e a giungere alle aree arroccate delle due grandi isole mediterranee.*».

La crisi dettata dall'emergenza pandemica ha accentuato tale polarizzazione; in alcuni casi, tuttavia, il dibattito generatosi intorno alla «geografia del contagio» si è appiattito sul tradizionale dualismo tra aree urbane e rurali, dove le ultime rappresentano dei luoghi di rifugio per le popolazioni delle grandi metropoli afflitte dal contagio e dal distanziamento sociale⁹. Tale immagine stereotipata - peraltro smentita dai dati che hanno dimostrato come in alcune regioni i livelli di infezione e di mortalità fossero spesso inferiori nei centri urbani più popolati rispetto alle aree suburbane o rurali circostanti (*UN Habitat Cities and pandemic* 2021) - non è in grado di cogliere le dinamiche di marginalità che caratterizzano le aree rurali dove la crisi demografica e produttiva è acuita da una scarsa accessibilità ai servizi essenziali, da frequenti criticità istituzionali¹⁰ e dall'insufficienza o carenza di reti digitali.

Tali criticità non possono non essere affrontate in rapporto all'effettività del contenuto di alcuni diritti che afferiscono ai servizi quali, ad esempio, la salute o l'istruzione. Il principale referente costituzionale del problema va tuttavia rintracciato nella dimensione sostanziale del principio di eguaglianza (art. 3. co 2) che attribuisce alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza. Tali ostacoli

⁹E. MARCHIGIANI, C. PERRONE, G. ESPOSITO DE VITA, *Oltre il Covid, politiche ecologica territoriali per le aree interne e dintorni. Uno sguardo in-between sui territori marginali e fragili, verso nuovi progetti di coesione*, in *Urban@it*, 2020, 1, 2: «La gestione dell'emergenza pandemica – nella fase del lockdown e in quella immediatamente successiva – ha contribuito a porre in evidenza temi già da tempo in attesa di una più decisa attenzione da parte delle politiche pubbliche. Nello specifico, il dibattito sulle cosiddette aree interne si è arricchito di ulteriori spunti di riflessione. Cionondimeno ha anche mostrato una preoccupante tendenza a banalizzare la complessità delle questioni in gioco in nome della ricerca di nuovi – rapidi e strumentali – equilibri tra territori marginali e in condizioni di fragilità (ambientale, socio-economica e demografica), e le situazioni urbane più antropizzate e dinamiche (per flussi e attività) duramente colpite da Covid-19. La deriva sottesa a simili discorsi è verso un approccio emergenziale e straordinario, usato quale pretesto per mettere, ancora una volta, in secondo piano dinamiche ed esigenze di comunità e territori il cui trattamento necessita di politiche di medio-lungo periodo, attente alle specificità dei contesti e delle loro possibili e sostenibili traiettorie di sviluppo. Politiche che inglobino la prevenzione e la gestione del rischio, quale componente di un approccio integrato di rigenerazione territoriale.»

¹⁰A tal proposito si segnala una crescente attenzione circa l'incidenza della qualità istituzionale sulle disuguaglianze territoriali. Alcuni studi condotti dalla London School of Economics mostrano infatti come la combinazione di capitale fisico, capitale umano e tecnologico spieghi solo in parte le disparità dello sviluppo territoriale, e che la qualità istituzionale giochi in tal senso un ruolo fondamentale. Lo studio è reperibile al link <https://ot11ot2.it/approfondimenti/coesione-disuguaglianze-e-qualita-istituzionale>

possono derivare dalle «condizioni personali e sociali» di cui al comma 1 dell'art. 3, rispetto alle quali il contesto territoriale di appartenenza assume di certo un peso rilevante. La dimensione territoriale implicita del dettato costituzionale ha orientato la elaborazione di alcune politiche pubbliche volte alla eliminazione degli ostacoli che impediscono alla popolazione che risiede nelle «aree interne» una piena realizzazione delle proprie aspirazioni lavorative e personali e dunque un pieno esercizio della libertà di essere agenti della propria vita.¹¹

A partire dal 2014 la strategia di rilancio del Paese, ha assegnato una forte attenzione alle «aree interne», territori che sebbene ricchi di importanti risorse naturali e culturali, hanno subito nel tempo un processo di marginalizzazione e un forte indebolimento della struttura demografica. Da tale evidenza ha preso avvio la Strategia Nazionale per le Aree Interne elaborata in occasione del periodo di programmazione 2014-2020¹² con l'obiettivo di arrestare il declino demografico e di valorizzare il potenziale di sviluppo endogeno di tali territori. Le aree interne, che ricomprendono circa 4000 comuni, sono quelle significativamente distanti dai centri di offerta di servizi essenziali, quali salute, istruzione e mobilità¹³, ovvero i servizi di base che identificano il diritto di cittadinanza.

¹¹F. BARCA *Un'agenda per la riforma della politica di coesione. Una politica di sviluppo rivolta ai luoghi per rispondere alle aspettative dell'Unione Europea*, 2009, 33 «Esiste consenso diffuso sul fatto che non esiste una singola dimensione che possa definire il benessere di una persona e il grado di disuguaglianza. Una vita degna di essere vissuta, inclusa l'opportunità per un individuo di raggiungere ciò che ritiene importante e di ampliare la propria gamma di alternative, abbraccia molteplici dimensioni: il lavoro, la salute, l'istruzione, la casa, la sicurezza, il reddito, le condizioni di lavoro, il rispetto di sé, il ruolo nei processi decisionali, etc. Il reddito è una di queste dimensioni, ma non le riflette tutte, come confermano i dati empirici. Il reddito è un fattore nel conseguimento del benessere, ma non abbraccia tutti gli aspetti del benessere. Non può essere considerato come un obiettivo in sé. L'approccio della capacitazione di Amartya Sen sottolinea come la capacità di qualsiasi individuo di convertire una data quantità di qualsiasi "bene", incluso il denaro, in risultati importanti per la propria vita, dipenda da una combinazione di circostanze (sociali e fisiche), e dall'accesso ad altri "beni", spesso prodotti dalla politica. Diverse dimensioni del benessere dipendono infatti dall'azione che pubbliche istituzioni svolgono nella fornitura di beni e servizi pubblici. Queste diverse dimensioni sono inoltre fra loro indipendenti in termini di effetto sul benessere.»

¹²Si veda l'Accordo di Partenariato 2014/2020 approvato dalla Commissione europea con decisione C(2014)8021 del 29 ottobre 2014.

¹³Sul punto la *Strategia nazionale per le Aree interne: definizione, obiettivi, strumenti, e governance (SNAI)* cit, p. 24 ss, definisce il "Centro di offerta di servizi" «come quel comune o aggregato di comuni confinanti, in grado di offrire simultaneamente: tutta l'offerta scolastica secondaria, almeno un ospedale sede di DEA di I livello e almeno una stazione ferroviaria di categoria Silver. [...] All'individuazione dei Centri

La Strategia Nazionale per le Aree Interne si pone il duplice obiettivo di adeguare la qualità e la quantità dei servizi di cittadinanza in base alle esigenze espresse dai territori e di promuovere progetti di sviluppo locale incentrati sulla valorizzazione del patrimonio naturale e culturale e delle risorse endogene che caratterizzano le diverse aree attraverso un approccio *place-based*, di cui si dirà più dettagliatamente nei paragrafi a seguire.

Dal punto di vista finanziario alla realizzazione del primo obiettivo sono destinate le risorse assegnate dal bilancio nazionale, che ha inizialmente riservato un importo complessivo di 90 milioni di Euro¹⁴; mentre alla seconda finalità concorrono le Regioni con i fondi comunitari FESR, FSE, FEASR, FEAMP.

Per quanto riguarda la *governance* della Strategia, i principali compiti relativi alla sua programmazione e attuazione sono affidati al Comitato Tecnico Aree Interne - istituito nel 2015 con apposita delibera CIPE¹⁵- che attraverso un'istruttoria pubblica, che ha visto il coinvolgimento delle Regioni e delle Province autonome interessate, ha selezionato 72 aree progetto. Il Comitato rappresenta il punto di raccordo tra i diversi attori istituzionali (Comuni, Regioni ed Amministrazioni centrali) coinvolti nella definizione e nell'attuazione degli

fa seguito la classificazione dei restanti comuni in 4 fasce: aree di cintura; aree intermedie; aree periferiche e aree ultra periferiche. Essa è stata ottenuta sulla base di un indicatore di accessibilità calcolato in termini di minuti di percorrenza rispetto al polo più prossimo. Le fasce sono calcolate usando i terzili della distribuzione della distanza in minuti dal polo prossimo, pari a circa 20 e 40 minuti. È stata poi inserita una terza fascia, oltre 75 minuti, pari al 95-esimo percentile, per individuare i territori ultra periferici».

¹⁴La legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016) ha incrementato di 10 milioni la spesa per il rafforzamento della Strategia Nazionale per le Aree Interne per il triennio 2016-2018; la legge 27 dicembre 2019 n. 160 (legge di bilancio 2020) ha incrementato di 200 milioni di euro le risorse destinate all'implementazione della Strategia Nazionale per le aree interne a valere sul fondo di rotazione (60 milioni per il 2021 e 70 milioni per ciascuno degli anni 2022 e 2023).

¹⁵La Delibera CIPE n. 9 del 2015 stabilisce che: «È costituito il Comitato tecnico aree interne, coordinato dal Dipartimento per le Politiche di Coesione della Presidenza del Consiglio dei ministri, con competenze sui processi di selezione delle aree, sulla definizione delle strategie d'area e sulla verifica del rispetto dei cronoprogrammi. Il Comitato è inoltre composto da: Agenzia per la coesione territoriale, Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Ministero della salute, Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, Dipartimento affari regionali, le autonomie e lo sport e Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei ministri, ANCI- IFEL, INEA, ISFOL, UPI, Regione/Provincia autonoma interessata.»

interventi relativi ai rispettivi ambiti di policy. La cooperazione interistituzionale tra i diversi livelli di governo è demandata, secondo quanto stabilito dall'art. 1, comma 5 della l. 27 dicembre 2013, n. 147, alla sottoscrizione di un Accordo di Programma Quadro (APQ), definito dall'articolo 2, comma 203, lett. c) della legge n. 662 del 23 dicembre 1996 come accordo vincolante tra Enti locali ed altri soggetti pubblici e privati per la definizione di un programma esecutivo di interventi di interesse comune o funzionalmente collegati.¹⁶

Con particolare riferimento ai Comuni, essi rappresentano «l'unità di base del processo di decisione politica in forma di aggregazione di comuni contigui»¹⁷. Data la prevalenza nelle aree interne di Comuni di piccole dimensioni è prevista la realizzazione di un «sistema intercomunale permanente» e di forme appropriate di gestione associata di funzioni e servizi, nella consapevolezza che un'adeguata offerta di servizi essenziali (istruzione, sanità e mobilità), definita dalla Strategia come preconditione dello sviluppo locale, rappresenta il presupposto per l'inversione del trend demografico¹⁸. L'assenza di tali servizi se da un lato pone, come si accennava, una questione di costituzionalità, dall'altro «innesca un circolo vizioso di marginalità per cui all'emorragia demografica, segue continua rarefazione dei servizi stessi».¹⁹

Per superare i problemi connessi alle dimensioni di alcuni comuni l'art. 14 del d.l. 78/2010 convertito in legge 122/2010 ha reso obbligatoria per i Comuni con meno di 5000 abitanti, la gestione associata delle funzioni fondamentali, da realizzarsi nelle forme della Convezione o dell'Unione. Per i Comuni

¹⁶Sullo stato dell'arte degli Accordi di Programma Quadro, si veda il sito dell'Agenzia per la Coesione Territoriale. Al 07.10.2021 le Strategie approvate dal Comitato Tecnico sono 72, gli Accordi di Programma Quadro sottoscritti o in fase di sottoscrizione sono 65, mentre gli Accordi di Programma Quadro in condivisione preliminare sono 7.

¹⁷*Strategia nazionale per le Aree interne: definizione, obiettivi, strumenti, e governance (SNAI), cit.*, p. 57.

¹⁸Sul punto si vedano le riflessioni circa l'impatto che le politiche di riordino territoriale hanno prodotto sulla frammentazione comunale di M. DE DONNO, C. TUBERTINI, *Frammentazione comunale e contrasto allo spopolamento: la prospettiva italiana*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, 2, 297 ss.

¹⁹*Strategia nazionale per le Aree interne: definizione, obiettivi, strumenti, e governance (SNAI), cit.*, p. 34.

che pur non essendo tenuti all'obbligo di gestione in forma associata ricadono in una delle aree individuate dalle SNAI, è richiesto, per il soddisfacimento del pre-requisito associativo, la gestione in forma associata a mezzo di Convezione ex art. 30, d.lgs. 267/2000 (TUEL) di almeno due funzioni fondamentali fra quelle indicate dall'art. 19, comma 1, d.l. 95/2012 convertito in Legge 135/2012 ad eccezione di quelle indicate dalla lettera f) e g)²⁰. Come è stato giustamente osservato, «*il prerequisito associativo della SNAI non è di fatto un mero adempimento amministrativo, bensì un elemento essenziale per sperimentare il vero cambiamento nell'accesso ai servizi di cittadinanza.*»²¹

La Strategia nazionale per le aree interne si interseca, per le finalità ad essa sottese, con la legge 6 ottobre 2017, n. 158, così detta «Legge Salva Borghi» e con la legge 1 dicembre 2015, n. 194 in materia di biodiversità agroalimentare. Entrambi gli interventi, infatti, assumono come esplicita finalità il contrasto allo spopolamento e lo sviluppo sostenibile dei territori attraverso il potenziamento delle rispettive risorse endogene. La legge n. 194/2015, che intende preservare le risorse genetiche di interesse alimentare e agrario locali dal rischio di estinzione, prevede la creazione di un sistema nazionale di tutela e di valorizzazione della biodiversità ed interventi settoriali di supporto ai territori rurali.²²

²⁰f) l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi; g) progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini, secondo quanto previsto dall'articolo 118, quarto comma, della Costituzione.

²¹F. DADONE, prefazione, in iFEIL-Anci e Formez pA (a cura di), *L'associazionismo intercomunale nelle aree interne*, 2019; sui processi aggregativi dei Comuni piccoli e piccolissimi si rinvia alle riflessioni di P. FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, Milano, Franco Angeli, 2011, 186: «*i percorsi di aggregazione, soprattutto per i Comuni di minore dimensione, sono strumenti per conseguire ciò di cui essi non sono in possesso sul fronte sostanziale dell'autonomia politica e dell'adeguatezza, e dunque anche della territorialità. Sulla base di questi argomenti, insomma, è possibile sostenere che l'aggregazione è misura essenziale per raggiungere una forma di uguaglianza per i Comuni piccoli e piccolissimi, ma soprattutto per arrivare a conseguire uno stato che consenta loro la adeguata sistemazione fra i componenti a pieno titolo della Repubblica costituzionale.*»

²²sul tema si vedano A. DI NUCCIO, *Misure giuridiche per il contrasto allo spopolamento nell'esperienza italiana: riflessioni su alcuni recenti interventi normativi* in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2018, 2, 68 ss.; G. M. CARUSO, G. BEFANI, *L'urbanistica e lo spopolamento in Italia in Istituzioni del Federalismo*, 2020, 2, 347 ss.

La l. 158/2017 «promuove e favorisce il sostenibile sviluppo economico, sociale, ambientale e culturale dei piccoli comuni²³; promuove l'equilibrio demografico del Paese, favorendo la residenza in tali comuni, e tutela e valorizza il loro patrimonio naturale, rurale, storico-culturale e architettonico» (art. 1). La citata legge presenta diversi elementi di continuità rispetto alla Strategia Nazionale per le Aree Interne e accorda preliminare importanza al «rilancio dei servizi essenziali»²⁴, il cui sviluppo razionale ed efficiente risulta indispensabile per contrastare lo spopolamento e per incentivare l'afflusso turistico.

A tal fine è prevista la possibilità per i Comuni, anche in forma associata, di istituire, mediante apposite convenzioni, centri multifunzionali per la prestazione di una pluralità di servizi in materia ambientale, sociale, energetica, scolastica, postale, artigianale, turistica, commerciale, di comunicazione e di si-

²³Ai sensi dell'art. 1, co. 2, l. 6 ottobre 2017, n. 158 «per piccoli comuni si intendono i comuni con popolazione residente fino a 5.000 abitanti nonché i comuni costituiti a seguito di fusione tra comuni aventi ciascuno popolazione fino a 5.000 abitanti. I piccoli comuni possono beneficiare dei finanziamenti concessi ai sensi dell'articolo 3 qualora rientrino in una delle seguenti tipologie: a) comuni collocati in aree interessate da fenomeni di dissesto idrogeologico; b) comuni caratterizzati da marcata arretratezza economica; c) comuni nei quali si è verificato un significativo decremento della popolazione residente rispetto al censimento generale della popolazione effettuato nel 1981; d) comuni caratterizzati da condizioni di disagio insediativo, sulla base di specifici parametri definiti in base all'indice di vecchiaia, alla percentuale di occupati rispetto alla popolazione residente e all'indice di ruralità; e) comuni caratterizzati da inadeguatezza dei servizi sociali essenziali; f) comuni ubicati in aree contrassegnate da difficoltà di comunicazione e dalla lontananza dai grandi centri urbani; g) comuni la cui popolazione residente presenta una densità non superiore ad 80 abitanti per chilometro quadrato; h) comuni comprendenti frazioni con le caratteristiche di cui alle lettere a), b), c), d), f) o g); in tal caso, i finanziamenti disposti ai sensi dell'articolo 3 sono destinati ad interventi da realizzare esclusivamente nel territorio delle medesime frazioni; i) comuni appartenenti alle unioni di comuni montani di cui all'articolo 14, comma 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, o comuni che comunque esercitano obbligatoriamente in forma associata, ai sensi del predetto comma 28, le funzioni fondamentali ivi richiamate; l) comuni con territorio compreso totalmente o parzialmente nel perimetro di un parco nazionale, di un parco regionale o di un'area protetta; m) comuni costituiti a seguito di fusione; n) comuni rientranti nelle aree periferiche e ultraperiferiche, come individuate nella strategia nazionale per lo sviluppo delle aree interne del Paese, di cui all'articolo 1, comma 13, della legge 27 dicembre 2013, n. 147.»

²⁴sul tema si rinvia ai rilievi di A. SAU, *La Rivitalizzazione dei borghi e dei centri storici minori come strumento per il rilancio delle aree interne*, in *Federalismi*, 2018, 3, 1 ss; G. BOSCARIOL, *La legge n. 158 del 2017 sui piccoli comuni*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2018, 1, 203 ss; R. DI PACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali in Istituzioni del Federalismo*, 2017, 3, 625 ss.; F. FOLLIERI, *Recupero e riqualificazione del territorio dei piccoli Comuni*, in *GiustAmm.it*, 2017, 12, 9 ss.

curezza, nonché per lo svolgimento di attività di volontariato e associazionismo culturale.²⁵

La legge peraltro, attribuendo priorità al finanziamento degli interventi proposti da comuni istituiti a seguito di fusione o appartenenti ad unioni di comuni, favorisce i processi di gestione associata confermando la stretta correlazione tra i fenomeni aggregativi e la creazione di un'adeguata offerta di servizi essenziali nei territori a c.d. domanda debole.²⁶

Per la realizzazione dei molteplici quanto eterogenei interventi contemplati dalla legge²⁷, è prevista l'istituzione di un Fondo per lo sviluppo strutturale, economico e sociale dei piccoli comuni²⁸, le cui risorse sono ripartite sulla base di un apposito Piano nazionale per la riqualificazione dei piccoli Comuni.

Appare dunque evidente che le più recenti politiche rivolte ai Comuni minori e alle aree interne, seppur con strumenti, dotazioni finanziarie e conseguenti ricadute differenti, siano accomunate dal perseguimento di obiettivi sostanzialmente analoghi. Tuttavia, come è stato osservato, tali interventi «sconta-

²⁵Art. 2, co, 2, l. n. 158/2017.

²⁶sul tema della gestione associata si rinvia a P. FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, cit, *passim*; sui limiti dell'approccio intercomunale si veda E. CARLONI, *Ripensare le Istituzioni ai margini. I limiti della governance territoriale tra specialità urbana e aree interne*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, 2, 323: «*per una questione di tipo organizzativo appare illusorio pensare che la sommatoria di enti di dimensione minima ne produca, mettendo in comune una serie di funzioni, uno in grado di esercitare adeguatamente un bagaglio funzionale "ultra-comunale". Così come assommare dieci microesercizi commerciali non significa comporre un supermercato di media dimensione, così sommare due, tre, quattro Comuni "polvere", privi di una struttura organizzativa e di una dotazione strumentale e finanziaria non significa generare economie di scala in grado di assicurare una più robusta capacità di risposta ai bisogni della cittadinanza, specie quando il territorio governato ne risulta parimenti ampliato e molto esteso.*»

²⁷Tra gli interventi previsti dalla l. n. 158/2017 si segnala la facoltà per i piccoli Comuni di individuare, all'interno del perimetro dei centri storici, zone di particolare pregio, da riqualificare mediante interventi integrati pubblici e privati finalizzati alla riqualificazione urbana. Per l'attuazione di tali finalità i Comuni possono promuovere la realizzazione di alberghi diffusi. Inoltre i piccoli Comuni hanno la facoltà acquisire e riqualificare immobili per contrastare l'abbandono di terreni ed edifici dismessi e degradati, nonché di acquisire stazioni ferroviarie dismesse per destinarle a presidi di protezione civile, a sedi di promozione di prodotti tipici locali o a piste ciclabili. Per valorizzare il consumo e la commercializzazione dei prodotti agricoli e alimentari provenienti da filiera corta o a chilometro utile i piccoli comuni possono favorire il loro impiego da parte dei gestori dei servizi di ristorazione collettiva pubblica.

²⁸Rispetto ad una dotazione iniziale del Fondo di 100 milioni di euro per gli anni 2017-2023, è stato disposto un aumento e partire dal 2018 e fino al 2023 è stato aumentato di 10 milioni di euro annui portando la dotazione del Fondo a complessivi 160 milioni di euro.

no una scarsa vincolatività delle prescrizioni in essi contenute, in quanto assumono una funzione sostanzialmente ricognitiva rispetto a facoltà già esistenti che, all'occorrenza, vengono indirizzate verso il raggiungimento di più specifici obiettivi. Ciò è evidente rispetto ai processi aggregativi che, diversamente da quanto avvenuto con le analoghe misure finalizzate al contenimento della spesa pubblica, non fanno altro che ribadire delle facoltà comunque esistenti in capo ai singoli Enti locali»²⁹.

Ciononostante le esperienze avviate nel segno di questa rinnovata attenzione al “non metropolitano”, attribuiscono innegabilmente dignità giuridica ai problemi connessi alle dinamiche di marginalità che affliggono le aree interne e andrebbero consolidate e rafforzate, nella consapevolezza che il loro declino non è solo una questione territoriale, ma nazionale.³⁰

3. La dimensione sociale della “periferia” e le politiche pubbliche per le periferie urbane

I divari territoriali e le fratture sociali che vi si correlano caratterizzano anche le aree urbane, da sempre oggetto di attenzione e studio, in specie per le problematiche sottese ai contesti periferici.

L'attenzione riservata alle aree urbane si radica in un molteplici e articolato ordine di fattori, primo fra tutti l'entità del fenomeno urbano, in costante espansione. Basti pensare che, secondo recenti stime, a livello mondiale, nel 2050 il 67% della popolazione sarà urbana e le zone urbane aumenteranno di 2,6 miliardi di abitanti; attualmente in Europa le aree urbane raccolgono più dei

²⁹G. M. CARUSO, G. BEFANI, *L'urbanistica e lo spopolamento in Italia*, cit, p. 362.

³⁰Il tema del riequilibrio territoriale assume un'importanza centrale anche nel Piano nazionale di ripresa e resilienza deliberato dopo la crisi pandemica con Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021. Ciò è testimoniato dal fatto che il 40 per cento circa delle risorse territorializzabili del Piano sono destinate al Mezzogiorno, e in generale il superamento dei divari territoriali rappresenta uno degli obiettivi trasversali in tutte le componenti del PNRR. A tal proposito si segnala che, in un'ottica di sviluppo integrato tra aree rurali e comunità urbane e metropolitane, il PNRR favorisce la nascita e la crescita delle così dette Green Communities attraverso il supporto all'elaborazione, il finanziamento e la realizzazione di piani di sviluppo sostenibili dal punto di vista energetico, ambientale, economico e sociale. Il PNRR inoltre prevede lo stanziamento di 1, 98 miliardi per gli interventi speciali per la coesione sociale, di cui 83 milioni per la Strategia Nazionale delle Aree Interne.

due terzi dei cittadini e, secondo la medesima tendenza, in Italia solo il 22% della popolazione è stanziata nelle aree non urbane³¹.

Non si tratta, però, solo di questo.

La storia ci insegna che, sin dall'antichità, l'evoluzione dell'umanità è legata alla vita urbana, non fosse altro perché nelle città si concentrano popolazione, cultura, capitale, produzione³², che determinano continui cambiamenti ed equilibri socio-economici sempre nuovi³³.

Com'è intuibile, l'eterogeneità e il pluralismo delle città generano contraddizioni, fratture e tensioni che se, da una parte, le rendono incubatori di

³¹P. FORTE, *Istituzioni culturali e rigenerazione territoriale*, in C. Bertolino, T. Cerrutti, M. Orofino, A. Poggi (a cura di), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, Napoli, ESI, 2020, 428; per una ricostruzione dello scenario nazionale, v. P. URBANI, *Politiche pubbliche per le grandi città*, in G. Dematteis (a cura di), *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, Venezia, Marsilio, 2011, 317.

³²F. INDOVINA, *La città sostenibile: sosteniamo la città*, in *Archivio di studi urbani e regionali*, 2007, 77, 12.

³³E. CARLONI, M. V. PINERO, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *Ist. Fed.*, 2015, 4, 866-867 osservano che nelle città «nel corso del tempo si sono date le condizioni per la maturazione di quelle fratture economiche, sociali, politiche e culturali che hanno scandito le grandi tappe della storia dell'Europa occidentale e per estensione di buona parte del mondo. In effetti, basta ricordare che la conquista di Roma nel 455 segnò la fine dell'impero più grande dell'età antica, così come la caduta di Bisanzio nel 1453 costituì uno degli episodi che determinò il passaggio all'età moderna, per non parlare poi della rivoluzione francese scoppiata a Parigi nel 1789 con cui iniziò l'età contemporanea. (...) Se lo vediamo dall'angolazione della storia economica si possono fissare delle altrettanto importanti tappe che vanno dalla rivoluzione commerciale medievale, che aveva il suo baricentro nelle città comunali italiane, alla nascita dell'impero olandese costituito sulla capacità di crescita di Amsterdam, Rotterdam e altri porti fiamminghi, per poi approdare nel corso del XIX secolo alla rivoluzione industriale che collocò al centro dell'economia mondiale le città portuarie della Gran Bretagna prima di vedere emergere la potenza delle città americane delle coste e dei grandi laghi. Ci troviamo dunque dinanzi a una sequenza di scenari che hanno però come tratto distintivo comune la capacità della città di divenire fattore principale di crescita e progresso. Non a caso le città hanno svolto un ruolo di primo piano nella cosiddetta fuga dalla povertà consentendo ad ampi strati della popolazione mondiale di approdare al benessere e a una vita qualitativamente migliore». G. CAFIERO, *La rigenerazione urbana: un driver di sviluppo, un indicatore di rinnovamento della società italiana*, in *Rivista economia del mezzogiorno*, 2013, 1-2, 31-32 osserva che, per mantenere il livello di sviluppo civile raggiunto nella seconda metà del '900, è importante puntare sui sistemi urbani, «considerati i motori della crescita in una moderna economia, e luogo di massima concentrazione della popolazione».

sviluppo e progresso³⁴, dall'altra, pongono rilevanti sfide³⁵ sociali, che le politiche europee³⁶ cercano di fronteggiare.

Alla luce di questo, è possibile comprendere le affermazioni contenute nella *Dichiarazione di Toledo sulla rigenerazione urbana*, a tenore della quale: «*le città – nelle quali si concentra la maggior parte della popolazione europea – sono anche i luoghi in cui le sfide della demografia, dell'inclusione e della coesione sociale, dell'integrazione degli immigrati, della disoccupazione, dell'istruzione, della povertà, ecc., si fanno sentire più intensa-*

³⁴Per comprendere il nesso, può essere utile richiamare le considerazioni di F. INDOVINA, *La città sostenibile. Sosteniamo la città, cit.*, p.11- 13 che rappresenta la città come “nicchia ecologica”: «*Con nicchia ecologica si intende quel particolare ambiente all'interno del quale una determinata specie (animale o vegetale) trova condizioni di vitalità; non la mera sopravvivenza, ma piuttosto le migliori condizioni per il suo sviluppo e la sua evoluzione. Una nicchia ecologica, per una determinata specie, non è un ambiente completamente amico, cioè privo di difficoltà, ma piuttosto un ambiente che presenta ostacoli in grado di permettere e facilitare lo sviluppo di nuove capacità e incentivi alla sopravvivenza. È solo quando tali ostacoli si presentano insuperabili che quel determinato ambiente non è più la “nicchia ecologica” per quella specie (la quale si estingue)*». In definitiva, nelle città «*l'individuo ha trovato le opportunità, ma anche gli “ostacoli” per superare i quali è stato costretto, a livello individuale e sociale, a trovare soluzioni coerenti, miglioramenti organizzativi, visioni alte della prospettiva. È la città aperta che ha esaltato questo meccanismo, aperta verso nuove forme organizzative, aperta verso nuove scoperte, aperta verso nuove tecnologie, aperta verso nuove soluzioni collettive. (...) La tensione verso per il superamento dei “difetti” della città ha costituito un rilevante fattore di crescita ed evoluzione*». In tal senso, v. altresì F. GASTALDI, *Processi e politiche di rigenerazione urbana nelle città europee*, in *Quaderni regionali*, 2009, Vol. 28, 1, 194, secondo cui: «*a fronte del periodo di declino economico e di crisi identitaria affrontato nel corso degli anni Ottanta, le città hanno saputo trovare nuove opportunità in un'ottica di diversificazione produttiva ed oggi rappresentano, per la società occidentale, un vitale laboratorio creativo, che sperimenta strategie di rilancio e nuove politiche di rigenerazione urbana. (...) Oggi anzi si proiettano e investono sulle città buona parte degli sforzi per il raggiungimento di migliori condizioni di sviluppo sociale ed economico, ed è ormai consolidata la consapevolezza del ruolo che queste possono rivestire nella promozione dei singoli territori sullo scenario internazionale*».

³⁵V. le considerazioni di P. STELLA RICHTER, *I sostenitori dell'urbanistica consensuale*, in P. Urbani (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino, Giappichelli, 2013, 21, nonché A. FLORA, *Le città meridionali tra crisi, riconversione produttiva e rigenerazione urbana*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2018, 1, 122.

³⁶V. la Carta urbana europea adottata dal Congresso dei poteri locali e regionali del Consiglio d'Europa (1992); la Carta di Aalborg, *Carta delle città europee per uno sviluppo durevole e sostenibile* del 1994; la Dichiarazione di Siviglia adottata dalla Conferenza delle città sostenibili nel 1999; la Carta di Lipsia sulle Città Europee Sostenibili del 2007; la Carta urbana europea II-*Manifesto per una nuova urbanità* (Risoluzione n. 269/2008); la comunicazione della Commissione del 10 luglio 2012 dal titolo *Città e comunità intelligenti – Partenariato europeo di innovazione*; la relazione della Commissione del 2014 *Digital futures – a journey into 2050 visions and policy challenges, cities, villages and communities*; la relazione della Commissione dal titolo *Le città di domani: investire nell'Europa*, Bruxelles, 17 e 18 febbraio 2014; la sesta relazione della Commissione sulla coesione economica, sociale e territoriale *Investimenti per l'occupazione e la crescita – Promuovere lo sviluppo e la buona governance nelle città e nelle regioni dell'UE*, del luglio 2014; la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *La dimensione urbana delle politiche dell'UE – Elementi fondanti di una Agenda urbana UE* (COM(2014)); la Risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2015, *Sulla dimensione urbana delle politiche dell'UE*. A livello internazionale, è molto importante

mente. Questi problemi, che sono stati aggravati dagli effetti della recente recessione, minacciano maggiormente alcuni «quartieri svantaggiati all'interno del contesto cittadino», acutizzando il fenomeno della polarizzazione sociale e quindi comportando un più elevato rischio di potenziali fratture sociali».

Il riferimento ai “quartieri svantaggiati” del contesto cittadino evoca con immediatezza lo scenario della periferia urbana, il cui inquadramento risulta, evidentemente, svincolato da criteri di ordine spaziale, per essere ancorato, invece, al problema dell'esclusione sociale.

Invero, dal punto di vista della geografia urbana, non sempre è dato riscontrare l'articolazione, tradizionalmente immaginata, che vede contrapporsi al “centro” periferie caratterizzate da un degrado sociale e ambientale tanto più accentuato quanto più dal centro ci si allontana. Anzi, a ben guardare, è possibile individuare un'eterogenea tipologia di periferie, diverse per cause di formazione ma anche per collocazione geografica, tutte comunque accomunate da un tratto preminente: la «concentrazione di problematiche sociali, economiche, culturali e di illegalità»³⁷.

Sicché, tra gli urbanisti pare ormai acquisito l'assunto per cui: «il concetto di periferia non allude più soltanto a luoghi al di fuori, al contorno o al limite della città, ma è divenuto un termine sostanzialmente sociologico, economico, politico»³⁸.

Anche sul versante giuridico, la dottrina sembra incline a valorizzare la valenza “assiologica” della nozione di periferia, che rappresenta in buona so-

ricordare che, tra le azioni delle Nazioni Unite, nell'ambito dell'ultima Conferenza Habitat, è stata elaborata la *New Urban Agenda* inserita nell'Agenda per lo sviluppo sostenibile per il 2030; fra i 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile, l'obiettivo 11 riguarda esclusivamente le città e mira a «rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili».

³⁷F. INDOVINA, *Il ritorno delle periferie*, in *Archivio di studi urbani e regionali*, 2015, Vol. 46, 112, 8. L'A. individua varie tipologie di periferie: i centri storici caratterizzati da condizioni di degrado (cd. “periferia centrale”); le periferie formate prevalentemente da edilizia residenziale pubblica; le “periferie speculative” costituite dai cd. “quartieri dormitorio” sorti per effetto dei movimenti migratori verso le città.

³⁸F. SELICATO, F. ROTONDO, *Il ruolo del progetto urbano per la rigenerazione delle periferie: il caso della Puglia*, in *Archivio di studi urbani e regionali*, 2010, Vol. 41, [97-98](#), 169.

stanza «una zona dove è presente un insediamento umano, segnata da condizioni di degrado o svantaggio»³⁹.

In tal senso parrebbe deporre, almeno sotto il profilo definitorio, il D.P.C.M. 25 maggio 2016 (art. 1), attuativo della L. 28 dicembre 2015 n. 208 (art. 1, co. 974 ss.) che, nell'istituire il *Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni ca-*

³⁹M. MAZZAMUTO, *Esiste una nozione giuridica di periferia?*, in M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca (a cura di), *Periferie e diritti fondamentali*, Napoli, ES, 2020, 505. L'A. specifica che: «Il centro (...) rappresenta un insieme di standards che si atteggiano a parametro di giudizio di ciò che è degradato o svantaggiato e di ciò che non lo è (...) La periferia come zona degradata invece mantiene anche la sua dimensione spaziale, poiché si tratta di un luogo che deve essere pur sempre delimitato, ma anche in modo ormai di per sé irrelato rispetto ad un centro spaziale. Ciò che conta è che la periferia, quale che sia la sua collocazione spaziale, sia qualificabile in termini di degrado o svantaggio rispetto agli standards del centro in senso normativo». Rispecchia tale approccio, anche la definizione offerta dalla relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni di sicurezza e sullo stato di degrado delle città e delle loro periferie, approvata il 14 dicembre 2017, p. 164: «Volendo riferirsi ad un criterio funzionale, è possibile affermare che i quartieri periferici sono quelli connotati da una rarefazione delle funzioni elevate e da una estrema povertà del mix di usi. Le periferie sono le parti dell'urbano dove le condizioni di esclusione sono più aspre, forte è la domanda di inclusione e le politiche pubbliche faticano a disegnare e implementare soluzioni efficaci. Sono dunque riconoscibili seguendo la prospettiva dei bisogni sociali, ma anche cercando tra i casi nei quali la risposta pubblica a tali bisogni ha incontrato maggiori difficoltà e investimenti pubblici per la riqualificazione e sono stati esposti al rischio di fallimento. Si potrebbe anzi sostenere che la condizione dei quartieri difficili è data dalla combinazione tra fattori socio-economici e spaziali penalizzanti ed effetti limitati delle politiche pubbliche che hanno cercato di trattare quei fattori. In questi territori ove pure sono attivi alcuni servizi sociali, si sconta un deficit di risorse, l'inappropriatezza dell'offerta rispetto ai profili di domanda, limiti di approcci settoriali rispetto a condizioni di povertà pluridimensionale». Anche secondo E. OLIVITO, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali: la prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, 1, 20-21: «L'espressione "periferia urbana" non designa soltanto un luogo periferico rispetto al centro della città, ma indica ancor prima uno spazio che catalizza disuguaglianze, marginalizzazioni e, specularmente, pratiche di resistenza e di dissenso. Di periferie deve, quindi, ragionarsi non sulla base della distanza fisica da un centro né tantomeno per l'idoneità a segnare il confine tra lo spazio urbano e le aree rurali, bensì per come esse sono concepite e vissute in termini di insediamenti funzionali alle logiche di produzione, di crescita e di esclusione delle città. Ciò è reso evidente anche dal fatto che, sotto il profilo socio-economico e culturale, le aree periferiche di molte città europee presentano caratteri sensibilmente diversi, ad esempio, da alcuni suburbs nordamericani. Mentre il termine "periferia" è utilizzato in Europa con una connotazione negativa, con cui si vuole alludere alla ghettizzazione delle persone che abitano i quartieri periferici e alle carenze dell'edilizia residenziale e dei servizi ivi situati, nel Nord America le aree periferiche delle città sono spesso interessate da insediamenti di gated communities, costituite da abitazioni di buon livello per le famiglie del ceto medio-alto e volutamente separate dall'ambiente circostante. Pertanto, così come in Europa, dissoltasi la varietà delle formae urbis tradizionali e completata la museizzazione dei centri storici, il termine "periferia" è divenuto sinonimo per lo più di povertà e di marginalità sociale, altrove (e, in particolare, negli Stati Uniti) lo spazio urbano periferico esprime benessere, distinzione e auto-isolamento, in accordo con quelle «geografie della centralità che collegano i centri di potere del mondo e attraversano il vecchio divario Nord-Sud».

poluogo di provincia, definisce le periferie «*aree urbane caratterizzate da situazioni di marginalità economica e sociale, degrado edilizio e carenza di servizi*»⁴⁰.

Sicché, dalla disciplina positiva pare di poter desumere un dato ulteriore, parimenti significativo ai fini del discorso che si sta conducendo e già rinvenibile nei diversi studi sull'argomento: il concetto di “degrado”, su cui la dottrina e il legislatore in termini pressoché univoci incentrano la nozione di “periferia”, racchiude in sé non solo la situazione “fisica” in cui versano l’edilizia e i servizi urbani, ma altresì la situazione “immateriale” correlata alla qualità dell’ambiente e alle condizioni socio-economiche della popolazione residente, sebbene i due profili – materiale ed immateriale – risultino inevitabilmente correlati⁴¹, concorrendo in egual misura a definire la «*qualità della città*»⁴².

⁴⁰M. MAZZAMUTO, *Esiste una nozione giuridica di periferia?*, cit., 508. A tal proposito, l’A. richiama anche le leggi regionali sulla rigenerazione urbana, in particolare quella pugliese n. 21/2008. S. SACCOMANNI, *Rigenerazione urbana e periferie, guardando Torino. Contraddittorietà e frammentazione*, in *Archivio di studi urbani e regionali*, XLX, 125, 2019, 29 osserva come i Comuni si siano allineati ai parametri definiti dal legislatore nazionale, seppure talvolta declinandoli in modo parzialmente diverso. Ad esempio, il piano “AxTO azioni per le periferie torinesi” ha fatto riferimento a tre indicatori per individuare la marginalità sociale: livello di occupazione lavorativa, tasso di scolarità e degrado edilizio abitativo. Similmente, nel bando rivolto alle periferie del Comune di Milano si definiscono periferie quelle aree in cui «*possono essere presenti con diverse frequenze e intensità (...) monofunzionalità degli usi, degrado fisico, insicurezza; rilevanti questioni sociali legate a povertà, disoccupazione, mancata integrazione sociale, squilibri demografici, mancanza di legami di comunità, abbandono scolastico; scarsa offerta di opportunità di conciliazione dei tempi tra vita e lavoro*».

⁴¹F. DI LASCIO, *Spazi urbani e processi di rigenerazione condivisa*, in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, Il Mulino, 2017, 71 osserva come «*gli spazi materiali (o fisici, che dir si voglia) rappresentano lo strumento attraverso cui avvengono i processi comunicativi che permettono la circolazione di idee e opinioni e, dunque, l’espressione degli interessi collettivi (...). Esiste quindi una corrispondenza strutturale tra spazio fisico e spazio civico che è spesso sottovalutata*»; F. LIGUORI, *Infrastrutture e periferie*, in *Munus*, 2017, 1, 122 evidenzia lo stretto nesso tra infrastrutture e garanzia dei diritti fondamentali nelle periferie: «*Le infrastrutture essenziali per la competitività economica dei territori, sono anche uno strumento di coesione sociale, intesa come riconoscibilità di una collettività nei suoi valori urbani e sociali, nella qualità della vita e del lavoro, che dipende dalla disponibilità di un sistema di interventi a rete capaci di concorrere a costituire o ricostruire un tessuto sociale*».

⁴²F. FOLLIERI, *Dal recupero alla rigenerazione*, in *giustamm.it*, 2015, 4 rileva la connessione tra i due fattori, in quanto «*il degrado urbano va di pari passo con l’emarginazione. È una conseguenza della diminuzione del valore e dell’appeal degli immobili causata dal degrado: l’emarginato si accontenta di un’abitazione quale che sia, pur di soddisfare l’esigenza abitativa; chi può permetterselo, invece, sceglie l’immobile anche sulla base di criteri economici e di contesto. (...) L’abbandono delle aree degradate da parte dei più abbienti, poi, comporta la chiusura o il trasferimento di almeno una parte delle attività commerciali, artigianali e di servizio. Il che aggrava ulteriormente la situazione di degrado e per il profilo economico e per il profilo sociale: riduce il tasso di occupazione della zona ed esclude i suoi abitanti dalla fruizione dei servizi; o quantomeno rende più arduo il lavoro e la fruizione dei servizi a causa degli spostamenti cui costringe gli abitanti della zona*»; M. MAZZAMUTO, *Esiste una nozione giuridica di periferia?*, cit., p. 507 rileva, a tal proposito,

Proprio muovendo da tale prospettiva, si può cogliere la portata del monito lanciato dagli urbanisti: «mettiamo anche il “bello” nelle periferie dove manca, ma attiviamo politiche per il lavoro, magari socialmente utile, per l'istruzione e la formazione, politiche per i giovani, che vuol dire scuola, ma anche sport, attrezzature culturali, aree per il divertimento e per il tempo libero, consultori, laboratori ecc., ma anche sostegno alle famiglie»⁴³.

Sebbene a livello europeo paia esservi chiara consapevolezza della necessità di agire sulla dimensione socio-economica delle aree urbane⁴⁴, i programmi nazionali che ne sono conseguiti non sempre hanno assunto il carattere multi-settoriale suggerito a livello europeo, riscontrandosi, non di rado, la tendenza a privilegiare un approccio incentrato sulla dimensione materiale, orientata perlopiù alla riqualificazione edilizia⁴⁵.

come la nozione di degrado si sia progressivamente estesa fino a ricomprendere svariati profili, come l'inclusione sociale.

⁴³F. INDOVINA, *Il ritorno delle periferie*, cit., p. 9.

⁴⁴In particolare, vengono in rilievo i programmi europei di Cooperazione Territoriale URBACT, che hanno promosso lo sviluppo urbano sostenibile mediante lo scambio di esperienze e la diffusione delle conoscenze tra città europee. Dopo URBACT I (ciclo di programmazione comunitaria 2000-2006), e URBACT II (programmazione 2007-2013) è stata lanciata, nell'ambito della programmazione 2014-2020, URBACT III, un'iniziativa a supporto dei territori urbani per la realizzazione di piani d'azione integrati, con *focus* su innovazione, lavoro, ambiente e inclusione sociale.

⁴⁵Nel solco europeo, un approccio innovativo si riscontra nei programmi URBAN I (1994-1999) e in “programmi complessi” quali i Piani di recupero urbano (PRU) e i Contratti di quartiere (Cdq); mentre la “dimensione fisica” sembra prevalere nei Programmi di riqualificazione urbana (PRIU) e nei Programmi di riqualificazione urbana e sviluppo sostenibile del territorio (PRUSST). Il “Quinto rapporto sulle città” del 2020 rileva, a tal proposito, che con i PRU e i Cdq «da una dimensione puramente fisica della riqualificazione urbana, che ancora caratterizza i (...) PRIU e i (...) PRUSST (...) si passa a una concreta assimilazione di quei concetti che sono alla base della politica integrata di rigenerazione urbana secondo il cosiddetto metodo Urban: l'innovazione del processo di pianificazione; la promozione dello sviluppo locale, anche in chiave di sostenibilità; talvolta il sostegno dell'edilizia popolare; l'attivazione di forme di partecipazione (...), di partnership pubblico-pubblico e pubblico-privato con il conseguente utilizzo di risorse private. (...) L'approccio è dunque definito come area-based: l'iniziativa viene definita a partire da un perimetro problematico, un quartiere (...)» (v. C. ROSSIGNOLO, *Italia ed Europa: le politiche per le periferie negli ultimi trenta anni*, in *Quinto Rapporto sulle città. Politiche urbane per le periferie*, Bologna, Il Mulino, 2020, 16. Nella relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni di sicurezza e sullo stato di degrado delle città e delle loro periferie, approvata il 14 dicembre 2017, p. 205 si legge che: «alcuni di questi programmi hanno introdotto significative innovazioni al più tradizionale approccio alla riqualificazione, soprattutto in termini di integrazione delle azioni e di partecipazione di diversi attori al processo (...). Ciò ha consentito di realizzare anche buone pratiche di intervento, di stimolare l'innovazione e di sostenere la propensione dei vari territori a 'fare rete' fra i diversi soggetti dell'economia, della società e della cultura, associando trasformazioni territoriali e assetti infrastrutturali. A questi vanno aggiunti ulteriori

Ciononostante, è pressoché consolidata la convinzione che le strategie di rigenerazione urbana debbano tendere allo sviluppo socio-economico e all'inclusione sociale⁴⁶. Si desume chiaramente, sul versante europeo, dalla *Dichiarazione di Toledo sulla rigenerazione urbana* e dall'*Agenda urbana europea* (cd. *Patto di Amsterdam*), a tenore della quale il ricorso alla rigenerazione urbana «include aspetti sociali, economici, ambientali, spaziale e culturali (...)», nonché in ambito nazio-

programmi e iniziative». Di segno parzialmente diverso si sono rivelati i programmi URBAN II, Urban Italia e Contratti di quartiere II, in merito ai quali si è rilevata una minor carica di innovatività, sicché «per tutti gli anni Duemila si assiste a un lento spegnimento di quella spinta che aveva caratterizzato il quinquennio precedente» (in tal senso v. C. ROSSIGNOLO, *Italia ed Europa: le politiche per le periferie negli ultimi trenta anni*, cit., p. 18). Tale tendenza viene confermata dal “Piano Città”, promosso dal governo Monti nel 2012, che, pur delineando politiche di intervento multisettoriale a sostegno della crescita e dell’occupazione per realizzare progetti di riqualificazione delle aree urbane degradate, si è risolto in interventi che «hanno interessato modeste opere di riqualificazione e sono stati, quindi, ben lontani dall’intenzione iniziale del piano che, in molti casi, voleva rappresentare una opportunità per avviare un processo di riqualificazione delle aree urbane, nonché un meccanismo per moltiplicare l’investimento pubblico e rilanciare anche il settore delle costruzioni» (v. Relazione conclusiva cit., p. 205). In ordine all’evoluzione sinteticamente descritta, si è osservato che: «la prima stagione dei programmi integrati e complessi di natura europea in Italia, alla fine, non ha dato sbocco a un approccio più avanzato e dal 2000 in poi vi è stata una sorta di involuzione delle politiche di questo genere» (v. G. LAINO, *Conclusioni. Un programma di interventi economico-sociali per periferie*, in *Quinto rapporto*, cit., p. 178). Tra i più recenti interventi per le periferie si collocano il “Piano per la riqualificazione sociale e culturale delle aree urbane degradate” (D.P.C.M. 15 ottobre 2015 attuativo della L. 23 dicembre 2014 n. 190 (art. 1 co. 431 ss.)) e il “Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie” (D.P.C.M. 25 maggio 2016 attuativo della L. 28 dicembre n. 208 (art. 1 co. 974 ss.)), in merito ai quali la relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sulle periferie ha riscontrato profili di apprezzabilità, ma anche molteplici criticità quali: «una storica mancata convergenza fra le diverse componenti d’interesse pubblico (urbanistica, edilizia, sviluppo economico, sicurezza, energia, ambiente, clima); la difficile convivenza e/o avvicendamento fra vecchi procedimenti amministrativi e innovazioni introdotte; una instabilità, procedurale ed economico-finanziaria, nella realizzazione dei programmi, spesso soggetti a logoranti fasi alterne, a condizioni di stop and go, a incostanza dei flussi di risorse; la sostanziale assenza di attività sistematiche di accountability, di monitoraggio e di report» (p. 212). Con riguardo al Bando periferie, si è, in tal senso, rilevato che: «anche il suddetto programma è stato concepito nell’ottica dell’intervento urgente, straordinario ed episodico. Esso non è stato inserito in un progetto di città pensato per i destinatari reali degli interventi e rispondente a una visione di insieme e di lungo termine dei problemi degli spazi urbani» (E. OLIVITO, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali*, cit., p. 30). Sull’argomento, A. BARBANENTE, V. ORIOLI, *Per una nuova stagione delle politiche*, in *Quinto rapporto*, cit., p. 163 osserva che: «nelle esperienze più recenti mancano alcuni requisiti da tempo ritenuti essenziali per realizzare più efficaci politiche per i quartieri in crisi, e in particolare l’integrazione fra le diverse azioni previste e il loro inquadramento entro strategie di medio-lungo periodo (...). L’approccio prevalente è quello immobiliare, orientato al breve e brevissimo termine, e dominato – anche nel linguaggio dei bandi – dall’ansia della cantierizzazione (...)».

⁴⁶L. FERRARA, *La frammentazione della disciplina della rigenerazione urbana, tra micro interventi di sussidiarietà orizzontale e grandi progetti nazionali*, in *Amministrativ@mente*, 2018, 1-2, 19, cui si rinvia anche per l’approfondita disamina dell’evoluzione normativa in materia.

nale, da talune leggi regionali in materia⁴⁷, tra cui spicca la legge regionale pugliese 29 luglio 2008 n. 21⁴⁸.

Sicché, anche la dottrina è ormai univoca nel marcare il netto *discrimen* che intercorre tra “rigenerazione” e “riqualificazione”: «*la prima è un insieme e la seconda un elemento di questo insieme. In particolare, la prima viene intesa come novero di azioni incidenti non solo sull'ambito urbanistico ma anche sul contesto socio-ambientale del*

⁴⁷R. DI PACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori*, cit., p. 627 richiama, sul punto, la legge regionale della Emilia-Romagna 21 dicembre 2017, n. 24, nella quale viene dedicato un apposito capo al riuso e alla rigenerazione urbana, e la legge regionale del Lazio 18 luglio 2017, n. 7, recante «Disposizioni per la rigenerazione urbana e il recupero edilizio». F. DI LASCIO, *Quali tendenze*, cit. parla di leggi regionali di “ultima generazione”. R. TONANZI, *La rigenerazione urbana alla luce di alcune recenti normative regionali*, in *Le Regioni*, 2018, 5-6, 966 ss. richiama anche la legge regionale della Calabria 16 aprile 2002, n. 19, art. 3, comma 2, lett. *f-bis*), che indica quali obiettivi dei piani e programmi di rigenerazione urbana «*l'inclusione sociale, la qualità della vita e la capacità di resilienza urbana*», la legge regionale del Veneto 6 giugno 2017 n. 14, oltre alla già citata la legge regionale del Lazio del 18 luglio 2017, n. 7. Secondo P. OTRANTO, *Rigenerazione delle aree degradate e patrimonio culturale*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2017, 4, 1874 sono maggiormente focalizzate sulla dimensione urbanistica ed edilizia la legge regionale del Piemonte 14 luglio 2009 n. 20; la legge regionale della Lombardia 28 novembre 2014 n. 31; la legge regionale della Toscana 10 novembre 2014 n. 65. L'A. rileva come, anche a livello europeo, emerga il connotato sociale della rigenerazione urbana; si pongono in tal senso la *Dichiarazione di Toledo sulla rigenerazione urbana* e il *Patto di Amsterdam*, a tenore del quale il ricorso alla rigenerazione urbana «*include aspetti sociali, economici, ambientali, spaziale e culturali (...)*»; C. VENTIMIGLIA, *Territorio e comunità nel prisma della rigenerazione urbana: tendenze evolutive e nuovi modelli giuridici*, in *federalismi.it*, 16 ottobre 2019, 23 osserva che: «*L'analisi dell'evoluzione delle discipline regionali evidenzia che, fin dall'origine, la rigenerazione urbana esprime il perseguimento di una finalità complessa rispetto al fenomeno urbano, sul quale intende imprimere azioni di trasformazione, volte ad accrescerne la qualità urbana, intesa come cornice (ambientale, sociale, economica, culturale) di benessere equo e sostenibile per la comunità locale*»; T. FAVARO, *Verso la smart city: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 2, 87 rileva, come a livello di legislazione statale si riscontri una diversa tendenza: «*A livello nazionale, i riferimenti espressi alla rigenerazione urbana, mai definita, sono sostanzialmente riconducibili a meri interventi di riqualificazione. Infatti, escludendo gli atti normativi che richiamano la rigenerazione in maniera incidentale, da un lato la locuzione viene utilizzata solo con riguardo a interventi specifici e geograficamente limitati nel comprensorio di Bagnoli-Coroglio, storico sito ex industriale, e nell'area pompeiana e stabiese; dall'altro, il recente d.-l. n. 32/2019 (c.d. “Sblocca Cantieri”) nonostante la propria vocazione generale, introduce una norma che, pur essendo «in materia di rigenerazione urbana», fa pressoché esclusivo riferimento al patrimonio edilizio esistente al fine di orientare i comuni nella definizione di limiti di densità edilizia, altezza e distanza dei fabbricati negli ambiti urbani consolidati del proprio territorio, riproducendo (seppur in parte) l'impostazione già prevista dal c.d. “Decreto Sviluppo” del 2011 in materia di «costruzioni private» e recando modifiche all'art. 2-bis del Testo Unico Edilizia. Pertanto, nei fatti il legislatore nazionale è tuttora ancorato ad una logica di mera semplificazione edilizia, rimanendo del tutto in secondo piano — quando non addirittura assenti — i variegati fini che la rigenerazione dovrebbe mirare a conseguire*». Una parziale inversione di tendenza si registra nella legge di bilancio del 2020, ove si specifica che i contributi assegnati ai Comuni per investimenti in progetti di rigenerazione urbana sono «*volti alla riduzione di fenomeni di marginalizzazione e degrado sociale, nonché al miglioramento della qualità del decoro urbano e del tessuto sociale ed ambientale*» (art. 1 co. 42) e

territorio interessato, mentre la seconda è piuttosto considerata come parte di tale processo, in quanto riferita a puntuali interventi di tipo edilizio»⁴⁹.

Muovendo da tale prospettiva, risulta evidente quanto, per un'efficace elaborazione ed attuazione delle strategie di rigenerazione urbana, sia fondamentale ampliare il novero delle risorse disponibili attraverso meccanismi incentivanti la partecipazione dei cittadini: «poiché la rigenerazione urbana parte dai bi-

laddove si istituisce il «Programma innovativo nazionale per la qualità dell'abitare», il quale è finalizzato a «riqualificare e incrementare il patrimonio destinato all'edilizia residenziale sociale, a rigenerare il tessuto socio-economico, a incrementare l'accessibilità, la sicurezza dei luoghi e la rifunzionalizzazione di spazi e immobili pubblici, nonché a migliorare la coesione sociale e la qualità della vita dei cittadini, in un'ottica di sostenibilità e densificazione, senza consumo di nuovo suolo e secondo i principi e gli indirizzi adottati dall'Unione europea, secondo il modello urbano della città intelligente, inclusiva e sostenibile (Smart City)» (art. 1 co. 437).

⁴⁸La legge regionale pugliese n. 21/2008 individua tra gli obiettivi di rigenerazione urbana «il contrasto dell'esclusione sociale degli abitanti attraverso la previsione di una molteplicità di funzioni e tipi di utenti e interventi materiali e immateriali nel campo abitativo, socio-sanitario, dell'educazione, della formazione, del lavoro e dello sviluppo» (art. 2, co. 1, lett. c)). Per una puntuale analisi della legge pugliese, v. G. CAFIERO, F. CALACE, I. CORCHIA, *La rigenerazione urbana tra politiche economiche e innovazione istituzionale*, in *Riv. economica del Mezzogiorno*, 2014, 3, 684 ss.; P. OTRANTO, *Rigenerazione delle aree degradate*, cit., p. 1880, a proposito della legge pugliese sulla rigenerazione urbana, rileva come il carattere «integrato» dei piani di rigenerazione risieda in duplice ordine di elementi: il «coordinamento di interventi idonei ad incidere sul degrado fisico e sul disagio socio-economico» e il «coinvolgimento degli abitanti e di soggetti pubblici e privati interessati (secondo i modelli della cosiddetta "urbanistica consensuale")».

⁴⁹F. DI LASCIO, *Quali tendenze in corso nella rigenerazione delle città?*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 2, 135 ss. Anche G. PIPERATA, *Rigenerare i beni e gli spazi della città: attori, regole e azioni*, in E. Fontanari, G. Piperata (a cura di), *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, Bologna, Il Mulino, 2017, 28 sottolinea la differenza intercorrente tra rigenerazione-recupero-riqualificazione. In tal senso anche R. DI PACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori*, cit., p. 634: «La rigenerazione ricomprende la riqualificazione urbana per trattare tale tematica in modo più strutturale. Se, infatti, si assume come presupposto delle azioni di rigenerazione il degrado delle città non solo in chiave di degrado fisico ma anche come manifestazione di condizioni di disagio che determinano decadimento e deprivazione, la rigenerazione deve necessariamente consistere in un insieme integrato di azioni di carattere fisico, economico con una focalizzazione sulla inclusione sociale»; A. BIANCHI, *Questione urbana e rigenerazione*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2014, 3, 662, richiamando le significative esperienze di rigenerazione urbana di Glasgow e Bilbao, osserva che il passaggio dal termine «riqualificazione» a quello di «rigenerazione» non è casuale, in quanto: «la rigenerazione ha assunto il significato quasi letterale di far rinascere, restituire a nuova vita, ossia creare una condizione del tutto diversa da quella preesistente innescando processi economici, sociali e culturali connessi al vivere all'interno delle città, che ne hanno cambiato non solo l'aspetto fisico ma la funzionalità e la stessa struttura». In tal senso v. altresì C. VENTIMIGLIA, *Territorio e comunità*, cit., p. 31, che definisce la «rigenerazione urbana quale finalità-risultato di pubblico interesse a matrice multisettoriale e multidisciplinare, che identifica uno spazio giuridico delle politiche pubbliche e del diritto amministrativo che è indirizzato a perseguire il rilancio dell'uomo che vive, proprio nel suo rapporto con il territorio, il "dove" della sua identità, anche attraverso le dinamiche ed i contesti espressivi - sul piano dell'effettività - delle libertà fondamentali e dei diritti sociali, nella prospettiva del legame giuridico strutturale delle "questioni territoriali" con i temi riconducibili alle questioni sociali»; G.

sogni della collettività e ha come finalità quella del recupero urbanistico e sociale delle aree urbane, il ruolo dei privati è di rilievo fondamentale»⁵⁰.

Anche in merito a siffatti profili, si rivelano illuminanti le coordinate tracciate dalla *Dichiarazione di Toledo*, che richiama l'attenzione sulla necessità di una «alleanza urbana condivisa da tutti gli attori coinvolti nel processo di city-building (...), basa-

GARDINI, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *federalismi.it*, 5 agosto 2020, 69, secondo cui: «con il termine rigenerazione urbana si fa solitamente riferimento ad interventi che hanno ad oggetto il suolo urbano già trasformato, accomunati dall'obiettivo di limitare il deterioramento delle aree urbane mediante lo sviluppo e il recupero delle stesse. A differenza delle precedenti esperienze di recupero e riutilizzazione, la rigenerazione urbana è una politica essenzialmente a guida pubblica, che si inquadra nell'ambito di una pianificazione complessa rivolta a contenere il consumo di suolo e favorire l'inclusione sociale, obiettivi primari rispetto ai quali il recupero edilizio rappresenta una mera tecnica servente»; P. OTRANTO, *Rigenerazione delle aree*, cit., p. 1874 rinviene i tratti distintivi della rigenerazione urbana nella «pluralità di interessi presi in considerazione in un piano o programma politematico volto a prefigurare una visione di città di medio-lungo periodo nella quale interventi volti al superamento del degrado fisico si completano attraverso misure idonee ad incidere sul degrado socio-economico». V. altresì E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città* cit., p. 18-20; T. BONETTI, *La rigenerazione urbana nell'ordinamento giuridico italiano: profili ricostruttivi e questioni aperte*, in E. Fontanari, G. Piperata (a cura di), *Agenda Re-Cycle. Proposte per reinventare la città* cit., p. 73-74; L. BUSCEMA, *Smart city e rigenerazione urbana*, in *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 2020, 3, 6. In generale, v., *ex multis*, G. F. CARTEI, *Rigenerazione urbana e governo del territorio*, in *Ist. Fed.*, 2017, 3, 603 ss.; A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018;

⁵⁰A riprova di ciò, R. DI PACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori*, cit., p. 637-638 rileva che: «nella programmazione degli interventi di rigenerazione urbana è previsto che i cittadini possano presentare osservazioni e gli operatori economici proporre interventi di interesse pubblico da eseguire con capitali privati. Il doppio ruolo che possono ricoprire i privati, sia come cittadini sia come operatori economici, potenziali realizzatori di interventi di rigenerazione, è rinvenibile chiaramente in alcune normative regionali. A tal proposito è di sicuro interesse la norma di cui all'art. 17 della legge regionale Emilia-Romagna che prevede che per elevare la qualità dei progetti urbani, i Comuni possono promuovere il ricorso al concorso di progettazione e al concorso di idee con valenza anche interdisciplinare, nonché ai processi di progettazione partecipata per la definizione dei processi di riuso e di rigenerazione urbana. (...) D'altronde, nessun intervento di rigenerazione del tessuto urbano può concepirsi senza l'apporto fattivo della cittadinanza e i programmi di rigenerazione urbana non possono prescindere da studi sui fabbisogni della collettività che possono essere anche frutto delle proposte della stessa cittadinanza. Sarebbe auspicabile sottoporre sistematicamente le operazioni di rigenerazione urbana a forme di dibattito pubblico. Al riguardo alcune normative prevedono espressamente che i documenti programmatici siano messi a punto con la partecipazione dei cittadini». In tal senso v. altresì C. CAFIERO, *La rigenerazione urbana*, cit., p. 33; G. CAFIERO, F. CALACE, I. CORCHIA, *La rigenerazione urbana*, cit., p. 690-691 individua i tre assi portanti della rigenerazione urbana: integrazione, partecipazione, sostenibilità. Ai fini dell'analisi rileva evidenziare che «l'integrazione è finalizzata ad affrontare contestualmente problemi di degrado fisico e disagio socio-economico», mentre la partecipazione comporta che siano «coinvolti non solo gli attori tradizionalmente attivi in simili iniziative (Comuni, LACP e altri enti pubblici, professionisti e imprese), ma anche associazioni, cooperative, organizzazioni sindacali e, soprattutto, gruppi e individui che vivono e operano nei quartieri».

ta sul consenso e legittimata da nuove forme di governance in cui le reti sociali e i cittadini giocano un ruolo di primo piano»⁵¹.

D'altra parte, «la città è una costruzione sociale»⁵², si identifica con la sua comunità, sin dalle sue origini, risalenti alla pòlis greca, è «forma di organizzazione della vita collettiva»⁵³, luogo di partecipazione civica e democratica, nonché sede privilegiata di esercizio dei diritti di cittadinanza⁵⁴.

Sull'importanza della dimensione partecipativa nelle pratiche di rigenerazione v. altresì T. FAVARO, *Verso la smart city*, cit., p. 87.

⁵¹Tale impostazione ricorre nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (P.N.R.R.) laddove, nell'ambito della seconda componente della missione 5 "Inclusione e coesione", denominata "Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore", la rigenerazione urbana viene finalizzata al "miglioramento della qualità del decoro urbano e del tessuto sociale e ambientale, anche attraverso la ristrutturazione edilizia di edifici pubblici, con particolare riferimento allo sviluppo di servizi sociali e culturali, educativi e didattici, o alla promozione di attività culturali e sportive; interventi per la mobilità sostenibile" (M5C2.2 RIGENERAZIONE URBANA E HOUSING SOCIALE -Investimento 2.1: Investimenti in progetti di rigenerazione urbana, volti a ridurre situazioni di emarginazione e degrado sociale). Valorizzando l'apporto partecipativo dei privati si afferma, in premessa, che: «La pianificazione in coprogettazione di servizi sfruttando sinergie tra impresa sociale, volontariato e amministrazione, consente di operare una lettura più penetrante dei disagi e dei bisogni al fine di venire incontro alle nuove marginalità e fornire servizi più innovativi, in un reciproco scambio di competenze ed esperienze che arricchiranno sia la PA sia il Terzo settore». L'investimento 2.2 viene dedicato ai Piani urbani integrati per le periferie delle Città metropolitane, realizzabili anche attraverso la co-progettazione con il Terzo settore, per recuperare spazi urbani e aree già esistenti allo scopo di migliorare la qualità della vita promuovendo processi di partecipazione sociale e imprenditoriale. In particolare, «l'investimento prevede la predisposizione di programmi urbanistici di rigenerazione urbana partecipati, finalizzati al miglioramento di ampie aree urbane degradate, alla rigenerazione, alla rivitalizzazione economica, con particolare attenzione alla creazione di nuovi servizi alla persona e al miglioramento dell'accessibilità e dell'intermodalità delle infrastrutture anche allo scopo di trasformare territori metropolitani vulnerabili in territori efficienti, sostenibili e produttivi aumentando, ove possibile, il loro valore».

⁵²Dichiarazione di Toledo. *Sulla rigenerazione urbana integrata e il suo potenziale strategico per uno sviluppo urbano più intelligente, sostenibile e inclusivo nelle città europee* – 22 giugno 2010. In merito alla nozione di città, v. M. DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto amm.*, 2018, 4, 787, secondo cui: «la nozione di città non trova una definizione generale nel diritto positivo. Sembra, tuttavia, da questo presupposta e intesa nei termini in cui si trova da decenni formulata nel pensiero urbanistico: come insieme e intreccio degli interessi, delle istanze, delle attività, delle relazioni della società radicata nel rispettivo territorio nelle sue molteplici e articolate componenti, con superamento di ogni sua considerazione in termini squisitamente fisici e materiali, di semplice ambito geografico e di realtà edificata»; F. GIGLIONI, *Le città come ordinamento giuridico*, in *Ist. Fed.*, 2018, 1, le definisce: «luoghi che sviluppano l'aggregazione funzionale delle attività dell'uomo, nonché accumulano e sedimentano i passaggi degli uomini e l'avvicendamento delle generazioni, custodendo e stratificando le trasformazioni del e nel tempo». V. altresì, E. OLIVITO, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali*, cit., p. 20, muovendo dalla prospettiva del diritto costituzionale, delinea «un'idea di città concepita non solo come un luogo topograficamente delimitato, abitato o consumato e neppure semplicemente come l'ente locale che ne assume le funzioni amministrative, ma come un luogo vissuto, che prende forma nell'intreccio tra spazio geografico, spazio sociale e spazio politico»; R.

Non a caso, l'Agenda urbana europea sottoscritta il 30 maggio 2016, sin dal preambolo chiarisce che: «*In order to address the increasingly complex challenges in Urban Areas, it is important that Urban Authorities cooperate with local communities, civil society, businesses and knowledge institutions. Together they are the main drivers in shaping sustainable development with the aim of enhancing the environmental, economic, social and cultural progress of Urban Areas. EU, national, regional and local policies should set the necessary framework in which citizens, NGOs, businesses and Urban Authorities, with the contribution of knowledge institutions, can tackle their most pressing challenges.*».

CAVALLO PERIN, *L'ordinamento giuridico delle città*, in *Munus*, 2019, 2, 369: «*La città si distingue dal comune a cominciare dalla popolazione che è elemento costitutivo di entrambi: se il comune - urbano o rurale - è l'ente associativo della popolazione residente; la città evoca invece l'idea di flussi di popolazione che periodicamente in essa accedono o da essa ne dipartono per le più svariate ragioni, secondo andamenti normalmente non casuali ma organizzati*»; G. GARDINI, *Alla ricerca della "città giusta"*, cit., p. 49: «*la nozione di città non coincide con quella di comune o municipio, poiché le città non sono fatte solamente di istituzioni amministrative e forme urbanistiche, ma sono luoghi di vita, in cui l'essere umano si realizza, individualmente e socialmente, soddisfa le sue esigenze, dà forma alla propria esistenza*»; G. URBANO, *Le "Città intelligenti" alla luce del principio di sussidiarietà*, in *Ist. Fed.*, 2019, 2, 466: «*Senza dubbio, nell'uso comune, il termine "Città" richiama quello, giuridico, di "Comune", tanto da essere utilizzati spesso indistintamente. Ma in realtà, nonostante qualche assonanza semantica, i due concetti sono ben distinti. (...) La Città assume tre accezioni: come uno degli elementi umani dello spazio geografico, ossia quale elemento insediativo ed economico; come un elemento politico, in quanto vi si concentrano le attività di governo (locali, nazionali e/o internazionali); e, infine, può assumere l'accezione di elemento culturale, sia in quanto luogo elettivo della produzione di cultura sia in quanto sede di beni culturali accumulatisi nel tempo. Da tale molteplicità di funzioni si evince l'importanza della Città e si comprende come essa risulti uno degli elementi-guida dell'organizzazione dello spazio. Il Comune, invece, è definito dal legislatore come l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo. Esso ha una propria autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa, nonché una autonomia impositiva e finanziaria nell'ambito dei suoi statuti e regolamenti. L'assonanza tra i due concetti si rintraccia sia nella rilevanza attribuita in entrambe le definizioni al concetto di "comunità" (...) sia nella presenza dei tre elementi che tradizionalmente costituiscono il Comune. Nella definizione di Città proposta, infatti, si fa riferimento a un ambito territoriale, alla popolazione ivi collocata e ai profili strettamente patrimoniali che, come noto, rappresentano gli elementi costitutivi del Comune*»; M. ROVERSI MONACO, *La città nell'ordinamento giuridico*, in *Ist. Fed.*, 2016, 4, 975 ss.; G. M. LABRIOLA, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in *Ist. fed.*, 2018, 1, 5 ss.

⁵³G. M. LABRIOLA, *Città e diritto*, cit., p. 8: quando si parla della forma urbana, non solo nell'ambito della città antica, «*non si fa distinzione tra la città e la società: si tratta di una sola e stessa nozione*».

⁵⁴L. BUSCEMA, *Smart city e rigenerazione urbana*, cit., p. 11: «*Il territorio (urbano) assurge, per tale via, ad ambito spaziale ove emerge «una correlazione irriducibile tra la previsione delle aree e degli spazi necessari per esercitarli e i diritti civili e sociali, come compendiate nel diritto di cittadinanza» (Graziosi, 2018, p. 534), in via esemplificativa – e non certo esaustiva – riferibili a «salute, assistenza sociale e sostegno alla famiglia, libertà, religione, istruzione, fruizione del tempo libero, [...] dei beni culturali» (Durano, 2018, p. 545)*».

Sembra, allora, di poter concludere che un contributo alla soluzione dei problemi della città possa essere ricercato nella sua essenza più profonda: la comunità; come, d'altronde, parrebbe suggerire anche la Carta costituzionale allorché costituzionalizza l'accezione orizzontale del principio di sussidiarietà (art. 118, co. 4 Cost.).

4. Le potenzialità della sussidiarietà orizzontale

I contenuti del principio di sussidiarietà orizzontale, nonché le sue possibili implicazioni, possono giocare un ruolo di primo piano nel favorire il superamento delle disuguaglianze sociali che connotano tanto le periferie urbane, quanto le arre interne del Paese.

La dottrina ha individuato una eterogenea gamma di azioni con cui le amministrazioni possono “favorire” le autonome iniziative dei cittadini e, come si vedrà, si tratta proprio dello strumentario cui le amministrazioni locali potrebbero fare ricorso per implementare le iniziative dei privati rivolte al soddisfacimento dei bisogni sociali nelle aree periferiche urbane e inurbane: *«possono limitarsi ad aspettare che i cittadini si attivino e chiedano sostegno per poi intervenire (al limite anche solo con un semplice patrocinio, che però legittima ulteriormente l'iniziativa); possono sostenere in generale l'attività di associazioni di cittadini mettendo a loro disposizione spazi, computers, etc. facilitando così la realizzazione di iniziative sulla base dell'art. 118 u.c.; possono approvare regolamenti che rendono più ampia e più incisiva l'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale previsto dalla Costituzione; infine, possono avere un atteggiamento positivo, non attendista nei confronti delle iniziative dei cittadini, stimolando l'emersione di energie nascoste nelle rispettive comunità, svolgendo così un ruolo di 'catalizzatore' delle risorse dei cittadini»*⁵⁵.

Per valutare in che misura i soggetti pubblici debbano supportare le manifestazioni della sussidiarietà orizzontale, non si può prescindere dal conside-

⁵⁵G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale dell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, Vol. I, 208.

rare l'ampia portata che al principio è ormai riconosciuta in forza delle sue molteplici connessioni con i principi fondamentali del nostro ordinamento.

A tal proposito, occorre preliminarmente rilevare che la Carta costituzionale, ispirata al principio democratico e al primato della persona, e, più in particolare, l'art. 2 designa «*i cittadini singoli o organizzati nelle formazioni sociali in cui si sviluppa la loro personalità quali soggetti portatori di una capacità attiva e di una responsabilità a concorrere solidalmente al perseguimento dei fini pubblici (...). Onde nella Costituzione, già nel suo impianto iniziale, parrebbe introdotto, seppure non espressamente citato, il principio di sussidiarietà orizzontale*»⁵⁶.

L'ancoraggio profondo e trasversale del principio di sussidiarietà agli altri principi fondamentali dell'ordinamento ha indotto la dottrina a sostenere la massima forza espansiva dell'art. 118, comma 4 Cost., da intendere come norma certamente precettiva e non meramente programmatica⁵⁷, e dotata di contenuto “positivo” nei termini di cui in seguito si dirà⁵⁸.

Per arrivare a comprendere pienamente siffatto esito interpretativo, non si può non rilevare quanto dirompente sia stato l'effetto prodotto dalla norma, che ha nettamente ridefinito la dinamica delle relazioni tra pubblico e privato, contribuendo a plasmare un nuovo paradigma del rapporto tra P.A. e cittadino: da «*bipolare e gerarchico*» a «*pluralista e paritario*»; invero, il riconoscimento del ruolo attivo e autonomo dei cittadini nel perseguimento dell'interesse generale ha

⁵⁶G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, 1756.

⁵⁷G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, *cit.*, p. 180 ritiene che la formulazione letterale dell'art. 118, comma 4 Cost. sia sufficientemente chiara da consentirne un'immediata applicazione. Il carattere precettivo è sostenuto anche da D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004, 134.

⁵⁸Sulla portata del principio, v. A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 609. T. E. FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 2000, Vol. 14, 1, 23. L'A. richiama le efficaci parole di Paolo Ridola, secondo cui il principio di sussidiarietà «*si fonda non su una concezione dialettico-oppositiva della relazione fra Stato e società, ma su una visione integrata e 'consensuale' del corpo sociale, le cui parti, attraverso legami di tipo sussidiario, si ricompongono armonicamente in un processo, che gradualmente ascende dall'individuo allo Stato attraverso formazioni sociali intermedie*».

contribuito a far venir meno la preminenza della P.A. nei confronti di quelli che tradizionalmente erano considerati “amministrati”⁵⁹.

Muovendo da tale prospettiva, la dottrina è giunta a rilevare un'intima connessione tra democrazia e sussidiarietà orizzontale, che emerge con tutta evidenza se solo si considera che «*per assumere iniziative autonome nell'interesse generale è indispensabile che siano riconosciuti ai soggetti che si attivano sia i diritti di libertà (...) sia i diritti sociali (...)*»; ma non è solo questo: «*l'attivarsi dei cittadini ai sensi dell'art. 118 u.c. configura una nuova forma di partecipazione democratica*», pertanto «*i cittadini che danno attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale danno vita a forme di esercizio della sovranità popolare inedite, ma certamente non meno significative e incisive ai fini della realizzazione di una maggiore democrazia complessiva nel nostro Paese delle forme tradizionali, quali l'esercizio del diritto di voto*»⁶⁰.

Ebbene, riannodando le fila del discorso, pare allora di poter sostenere che tanto il principio di sussidiarietà, quanto i valori fondamentali ad esso sottesi, finirebbero inevitabilmente con l'essere sviliti da un'interpretazione meramente “negativa” dell'art. 118 co. 4 Cost., per effetto della quale il soggetto pubblico si limiterebbe a ritrarsi per accrescere la sfera d'azione dei soggetti privati; al contrario, la forza innovativa del principio potrebbe esplicarsi solo se le pubbliche amministrazioni promuovessero politiche incentivanti e di supporto attivo alle iniziative private preordinate all'interesse generale⁶¹. È pertanto

⁵⁹G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 189. L' A. osserva che «*la più consueta modalità di rapporto fra amministrazione e cittadini vede questi ultimi unicamente nel ruolo di amministrati, utenti, pazienti, assistiti, clienti, tutti termini utilizzati non a caso per indicare che nell'ambito del paradigma bipolare l'amministrazione può presentarsi sia come potere, sia come prestazione, ma in ogni caso il destinatario della sua azione è comunque sempre un soggetto passivo, mero destinatario dell'intervento pubblico, sia esso un'autorizzazione, una pensione o una terapia*».

⁶⁰G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 220-221. Secondo F. PIZZETTI, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della 'democrazia della cittadinanza'. Il principio di sussidiarietà nel nuovo art. 118*, in *forumcostituzionale.it*, 12 febbraio 2003, p. 2: «*si può dire, in una parola, che in virtù del principio di sussidiarietà accolto nell'art. 118 cost. la nostra democrazia passa dal modello della democrazia fondata sulla rappresentanza della volontà popolare e sul potere della maggioranza (...) al modello della democrazia fondata sulla primazia della libertà e dell'autonomia della società*».

⁶¹F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza*, in G. Arena, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare l'Italia*, Roma, Laterza, 2006, 165. L'A. soggiunge che «*si tratterebbe peraltro di un modo di tradurre il principio più aderente all'origine etimologica della parola che, dal latino *subsidiūm*, sta proprio a significare che s'interviene per rinforzare l'efficacia dell'azione compiuta dal sussidiato*». V. altresì, A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir.*

auspicabile che, soprattutto alla luce delle coordinate tracciate dalla Corte Costituzionale⁶², il *policy maker* si orienti verso la definizione di politiche pubbliche volte ad attuare il principio di sussidiarietà orizzontale nella sua massima forza espansiva.

Le suddette conclusioni trovano un utile riscontro nelle statuizioni della giurisprudenza contabile, secondo cui il principio di sussidiarietà orizzontale è suscettibile di immediata applicazione e, al pari di altri principi costituzionali

pubbl., 2002, 1, 66; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *federalismi.it*, n. 5/2006, 3-4 osserva come la dottrina sociale della Chiesa, muovendo dal primato della persona rispetto allo Stato e dalla coppia concettuale solidarietà-dignità (“la dignità della persona umana si afferma in un sistema solidale di relazioni, in cui ciascuno è riconosciuto nel suo insopprimibile valore”), nonché dal pluralismo che delinea l’ordine sociale come caratterizzato «dalla pluralità e dalla differenziazione dei centri di potere» e da «una percezione dell’uguaglianza come perseguita attraverso il solidale sostegno nelle situazioni di disfavore», giunge ad affermare un concezione “positiva” della sussidiarietà, «non più intesa come riserva di competenza al singolo o al corpo intermedio, ma come dovere di promuovere le iniziative delle singole persone e delle formazioni sociali; dovere che grava sulla comunità intera, sulle sue rappresentanze politiche». Secondo G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 197, anche l’ipotesi in cui la P.A. si astenga da qualsiasi intervento, oltre a quella più estrema in cui addirittura ostacoli il cittadino, non solo rappresenta una violazione del dettato costituzionale, ma configura altresì un’ «assurdità», in quanto «se l’amministrazione-agente è al servizio del principale-cittadino, non può astenersi dal sostenerlo o peggio ancora ostacolarlo se questi decide autonomamente di attivarsi non (solo) nel proprio, bensì nell’interesse di altri, quello che la Costituzione definisce “interesse generale”; se così facesse, l’amministrazione verrebbe meno al proprio ruolo di agente che, per definizione, agisce appunto nell’interesse del “principale” o, come recita l’art. 98 Cost. “(...) è al servizio esclusivo della Nazione”». In ordine alle prospettive applicative del principio, v. altresì, G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, cit., p. 1760, secondo cui il richiamo espresso nella norma costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale «elimina la possibilità di considerare solo eventuale o sussidiario il concorso dei privati (...) per trasformarlo in modalità ordinaria, da praticarsi istituzionalmente nell’esercizio delle funzioni».

⁶²Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131, secondo cui l’art. 118 co. 4 Cost. «ha esplicitato nel testo costituzionale le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della «profonda socialità» che connota la persona umana (sentenza n. 228 del 2004) e della sua possibilità di realizzare una «azione positiva e responsabile» (sentenza n. 75 del 1992): fin da tempi molto risalenti, del resto, le relazioni di solidarietà sono state all’origine di una fitta rete di libera e autonoma mutualità che, ricollegandosi a diverse anime culturali della nostra tradizione, ha inciso profondamente sullo sviluppo sociale, culturale ed economico del nostro Paese. Prima ancora che venissero alla luce i sistemi pubblici di welfare, la creatività dei singoli si è espressa in una molteplicità di forme associative (società di mutuo soccorso, opere caritatevoli, monti di pietà, ecc.) che hanno quindi saputo garantire assistenza, solidarietà e istruzione a chi, nei momenti più difficili della nostra storia, rimaneva escluso. Nella suddetta disposizione costituzionale, valorizzando l’originaria socialità dell’uomo (sentenza n. 75 del 1992), si è quindi voluto superare l’idea per cui solo l’azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una «autonoma iniziativa dei cittadini» che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese. Si è identificato così un ambito di organizzazione delle «libertà sociali» (sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003) non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle «forme di solidarietà» che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese «tra i valori fondanti dell’ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, come base della convivenza sociale normativamente

(legalità, imparzialità, buon andamento) vincola l'esercizio della funzione amministrativa; in virtù di tanto – ed è questo l'aspetto più interessante ai fini della nostra analisi – si è giunti a sostenere che «*gli enti pubblici sono, dunque, chiamati a favorire⁶³ l'estrinsecarsi dell'attività privata finalizzata alla realizzazione di [esperienze sociali di collaborazione] intervenendo in funzione "sussidiaria"*».

Come si avrà modo di rilevare in seguito, i Giudici contabili hanno tratto le mosse da siffatta premessa per individuare soluzioni interpretative tese a conformare le esperienze di attivismo civico ai vincoli di finanza pubblica, sì da realizzare un ragionevole bilanciamento tra il principio di sussidiarietà orizzontale e il principio del buon andamento che presiede l'azione amministrativa.

4.1. Il ruolo delle comunità locali nella definizione degli interventi per le aree interne

Gli interventi pubblici promossi dal legislatore nazionale a favore dello sviluppo delle aree interne e dei piccoli comuni, prevedono un forte coinvolgimento delle comunità locali che, nel superamento di una politica meramente assistenzialista, diventano protagonisti del proprio sviluppo sin dalle prime fasi di programmazione degli interventi.

Il coinvolgimento delle comunità locali implica una stretta collaborazione - sia nella definizione degli obiettivi che degli interventi - tra gli attori istituzionali e gli *stakeholders* presenti sul territorio, attraverso un approccio che pare rispondente al principio della sussidiarietà orizzontale.

Tale metodologia di intervento è conforme al paradigma dello sviluppo *place-based* elaborato nell'ambito della politica di coesione dell'Unione europea al fine di orientare gli obiettivi dello sviluppo locale facendo leva sul coinvolgimento del partenariato e delle istituzioni locali⁶⁴.

prefigurata dal Costituente» (sentenza n. 309 del 2013)».

⁶³Ad esempio, mediante: «*il riconoscimento dell'autonomia dell'individuo e dei livelli organizzativi espressi dalla collettività; la realizzazione delle condizioni di stabilità e sicurezza affinché l'autonomia privata, in forma singola o associata, possa esplicarsi allorché persegua utilità generali; la individuazione delle forme e dei mezzi per consentire la partecipazione anche dei singoli cittadini; la creazione dei presupposti economici e strutturali affinché le manifestazioni di autonomia si sviluppino e si rafforzino nel corso del tempo*».

Il Regolamento (UE) 1013/2013 (*Common Provision Regulation*) definisce la «strategia di sviluppo locale di tipo partecipativo» come un insieme coerente di operazioni rispondenti a obiettivi e bisogni locali e che contribuisce alla realizzazione della strategia dell'Unione per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva e che è concepito ed eseguito da un gruppo di azione locale⁶⁵.

L'approccio *place-based* è stato utilizzato per la prima volta dalle politiche comunitarie per lo sviluppo sostenibile dei territori rurali elaborate nell'ambito dei programmi LEADER (*Laisons Entre Actions de Development de l'Economie Rurale*), oggi definiti di sviluppo locale di tipo partecipativo.⁶⁶

Con l'espressione «sviluppo locale di tipo partecipativo» (*Community Led Local Development C.L.L.D.*) la Commissione europea indica un tipo di approccio che, superando la tradizionale politica di sviluppo di tipo «top-down», attribuisce alle comunità locali un ruolo centrale nella elaborazione di una strategia di sviluppo integrata.

⁶⁴F. BARCA, *Un'agenda per la riforma della politica di coesione. Una politica di sviluppo rivolta ai luoghi per rispondere alle aspettative dell'Unione Europea*, cit., p. 7 ss, l'A. definisce la politica *place-based* come «una strategia a lungo termine finalizzata ad affrontare la persistente sottoutilizzazione di risorse e a ridurre la persistente esclusione sociale in specifici luoghi attraverso interventi esterni e una governance multilivello. Questa politica promuove la fornitura di beni e servizi pubblici integrati adattati ai contesti e mira a innescare cambiamenti istituzionali. Nell'ambito di una politica *place-based* gli interventi pubblici si basano sulla conoscenza dei luoghi, sono verificabili e sottoposti a sorveglianza; anche i collegamenti fra i luoghi sono tenuti in considerazione. Esistono forti motivi perché l'Unione destini una larga parte del bilancio comunitario a una strategia *place-based* che sia di complemento al completamento del mercato unico. Solo una strategia *place-based* può permettere all'Unione di rispondere all'aspettativa dei propri cittadini di beneficiare dei vantaggi economici dell'unificazione, indipendentemente da dove essi vivono, di avere pari accesso alle opportunità e di far fronte ai rischi. Questo risultato può essere raggiunto ricorrendo a una governance moderna nella quale gli Stati membri e le Regioni, secondo gli ordinamenti nazionali, conservano la responsabilità di adattare gli interventi ai propri contesti. In particolare, esistono ottimi motivi per costruire all'interno della politica di coesione un'agenda sociale territorializzata mirata a garantire standard socialmente condivisi di benessere per gli aspetti della vita ai quali individui e gruppi attribuiscono priorità elevata. Questo rappresenterebbe un tipo di contratto sociale tra l'Unione e i suoi cittadini e un modo, nel più lungo termine, per incoraggiare la mobilità fra Stati membri riducendo le paure che essa suscita. Nel realizzare una tale politica l'Unione ha un vantaggio rispetto ai singoli Stati membri, poiché essa è in grado di tenere conto delle interdipendenze fra luoghi a cavallo dei confini nazionali, che rivestono un'importanza sempre maggiore per la crescita dell'Unione. Inoltre l'Unione è meno soggetta alla pressione di gruppi d'interesse locali che possono alterare o ostacolare i percorsi di sviluppo».

⁶⁵Definizione 19), Regolamento (UE), 1013/2013.

⁶⁶sul tema si veda A. BRUNO, A. ANGELINI, *Place based. Sviluppo locale e programmazione 2014-2020*, Milano, Franco Angeli, 2016.

La gestione dello sviluppo locale di tipo partecipativo è attribuita ai gruppi di azione locale⁶⁷, organismi composti da rappresentanti degli interessi socio-economici locali sia pubblici che privati, strutturati in maniera tale che nessun singolo gruppo di interesse controlli il processo decisionale. I GAL si presentano dunque come un partenariato cui partecipano accanto ai rappresentanti degli interessi socio-economici privati, anche gli enti locali rappresentativi degli interessi pubblici del territorio in cui essi agiscono⁶⁸. Ai GAL sono affidati compiti eterogenei che vanno dalla preparazione degli inviti a presentare proposte, al rafforzamento della capacità dei soggetti locali di elaborare e attuare operazioni anche stimolandone le capacità di gestione dei progetti.⁶⁹ Soprattutto in relazione a quest'ultimo profilo, si può affermare che l'attività cui i GAL sono preposti rappresenta un'estrinsicazione del principio di sussidiarietà orizzontale laddove essi propongono un modello teso al rafforzamento delle rela-

⁶⁷Il Regolamento (UE) 1013/2013, all'art. 32, co. 2, lett. b, attribuisce la gestione dello sviluppo locale di tipo partecipativo ai gruppi d'azione locale (GAL). Tale impostazione è confermata dall'art. 31 del Regolamento (UE) 2021/1060 recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo e migrazione, al Fondo per la Sicurezza interna e allo Strumento per la gestione delle frontiere e i visti.

⁶⁸Sul tema relativo alla natura giuridica dei GAL si rinvia a A. BRUNO, A. ANGELINI, *Place based. Sviluppo locale e programmazione 2014-2020*, cit., p. 71 ss; A. SIMONATO, N. GISELLA, *I Gruppi di Azione Locale (GAL): partenariati pubblico-privati per lo sviluppo locale di tipo partecipativo. Un inquadramento giuridico*, in *Federalismi*, 2020, 18, 315: «risulta dibattuta la questione della disciplina di riferimento, "pubblicistica" o "privatistica", a cui assoggettare l'azione, l'organizzazione ed il funzionamento di tali enti, alla luce della loro composizione, delle attività svolte, delle fonti di finanziamento delle loro attività, in particolare modo se costituiti in forma societaria... ai GAL si potranno applicare sia regole di natura "pubblicistica" che "privatistica", a seconda del singolo aspetto della vita del soggetto che viene in rilievo.»

⁶⁹Art. 34 (Gruppi di azione locale), Reg. 1303/2013 «I gruppi di azione locale hanno i seguenti compiti: a) rafforzare la capacità dei soggetti locali di elaborare e attuare operazioni, anche stimolandone le capacità di gestione dei progetti; b) elaborare una procedura di selezione trasparente e non discriminatoria e criteri oggettivi di selezione delle operazioni che evitino conflitti di interessi, che garantiscano che almeno il 50 % dei voti espressi nelle decisioni di selezione provenga da partner che sono autorità non pubbliche e che consentano la selezione mediante procedura scritta; c) garantire la coerenza con la strategia di sviluppo locale di tipo partecipativo nella selezione delle operazioni, stabilendo l'ordine di priorità di tali operazioni in funzione del loro contributo al conseguimento degli obiettivi e dei target di tale strategia; d) preparare e pubblicare gli inviti a presentare proposte o un bando permanente per la presentazione di progetti, compresa la definizione dei criteri di selezione; e) ricevere e valutare le domande di sostegno; f) selezionare le operazioni e fissare l'importo del sostegno e, se pertinente, presentare le proposte all'organismo responsabile della verifica finale dell'ammissibilità prima dell'approvazione; g) verificare l'attuazione della strategia di sviluppo locale di tipo partecipativo e delle operazioni finanziate e condurre attività di valutazione specifiche legate a tale strategia.»

zioni tra le istituzioni e i cittadini, rendendo questi ultimi capaci di prendere coscienza delle loro capacità, promuovendo l'attivazione delle forze private nella definizione dei fabbisogni territoriali.

L'approccio *place-based* e gli strumenti da esso contemplati sono recepiti nella Strategia Nazionale per le Aree Interne che accanto all'Accordo di Programma Quadro, richiama espressamente, tra gli strumenti di programmazione utilizzabili per l'attuazione della Strategia, il *Community Led Local Development* (C.L.L.D.) ritenendolo particolarmente adatto per «*quelle iniziative/ azioni/ progetti che si basano proprio sul coinvolgimento dei soggetti privati (per es. filiere agro-alimentari; piccoli interventi di tutela/ gestione nel campo della forestazione; sviluppo locale e PMI etc.)*»⁷⁰. Dall'analisi delle strategie d'area elaborate dalle macroaree selezionate dalla SNAI, emerge un forte coinvolgimento dei GAL nel processo diretto alla co-progettazione della Strategia⁷¹; soprattutto nei territori dove i GAL hanno consolidato il loro ruolo di agenzia di sviluppo locale, i comuni sono stati da loro ampiamente supportati nella costruzione della Strategia d'Area. Dunque con particolare riguardo alle attività appena descritte, i GAL presentandosi come “luogo” di raccordo tra le istituzioni e i privati, rappresentano un valido strumento attraverso cui consolidare quell'alleanza tra amministrazione e cittadini postulata dal principio di sussidiarietà orizzontale⁷².

Questa prospettiva che accorda prioritaria importanza alla partecipazione degli attori locali, risponde alle numerose sollecitazioni che si collocano nel solco delle politiche di coesione territoriale e sociale dell'Unione europea, come

⁷⁰Strategia nazionale per le Aree interne: definizione, obiettivi, strumenti, e governance (SNAI), cit., p. 59.

⁷¹Le Strategie d'Area sono consultabili sul sito dell'Agenzia per la Coesione Territoriale.

⁷²Si vedano le considerazioni critiche di A. BRUNO, P. PIETRAROIA, *Capitale culturale, resilienza territoriale e pandemia: un approccio sussidiario alla gestione delle sfide*, in *Il capitale culturale, Supplementi*, 2020, 11, 438, secondo i quali il GAL «*è uno strumento europeo legato soltanto alla spesa delle risorse dei fondi strutturali. Per strutturare linee di azione coerenti con il bisogno di un nuovo protagonismo dei territori interni (si pensi anche solo alle aree terremotate) si tratta oggi di inventare uno strumento territoriale agile ed operante all'insegna del principio di sussidiarietà orizzontale dell'art. 118 comma 4 della Costituzione, che non sia esclusivamente legato alle risorse europee, ma anzi possa connettere progettualmente tali finanze addizionali ad una programmazione ordinariamente partecipata e attenta a soluzioni compatibili con un accesso razionale e ben distribuito nello spazio e nel tempo alle risorse del capitale territoriale.*»

ad esempio quelle contenute nel Libro bianco sulla governance COM/2001/428 che, nel favorire un sistema di governance multilivello, richiama il principio di sussidiarietà orizzontale per valorizzare il coinvolgimento delle formazioni sociali nei procedimenti decisionali, e da ultimo quelle accolte dalla *Territorial Agenda 2030* in cui si auspica ad un rafforzamento della dimensione territoriale delle politiche settoriali a tutti i livelli di governance⁷³.

Nelle aree rurali, interne o periferiche che dir si voglia l'idea di una *governance* multilivello e partecipativa va declinata anche tenendo in considerazione il contenuto delle politiche pubbliche che ad esse si rivolgono; uno degli elementi di continuità che accomuna tali interventi può essere rintracciato nel ruolo primario accordato alla valorizzazione del patrimonio culturale, storico, architettonico e identitario di tali territori. Lo fa la SNAI che esplicitamente assume il “capitale territoriale” inutilizzato come *driver* attorno al quale costruire i progetti di sviluppo locale; lo fa la l. n. 158/2017 che promuove lo sviluppo sostenibile dei piccoli Comuni attraverso la tutela e la valorizzazione del loro patrimonio naturale, rurale, storico-culturale e architettonico; ed infine lo fa, seppur con interventi dalle ricadute più circoscritte, la l. n. 194/2015 diretta alla tutela e alla valorizzazione della biodiversità di interesse agricolo e alimentare.

E' noto come la cultura nella sua più completa accezione -beni, paesaggio, capitale culturale immateriale- sia un elemento qualificante delle politiche di sviluppo territoriale e potente risorsa per lo sviluppo locale⁷⁴. La cultura assume un ruolo centrale anche nel nuovo ciclo di programmazione 2021-2027 e costituisce un veicolo di coesione economica e sociale soprattutto nelle strategie territoriali integrate che daranno attuazione all'Obiettivo di Policy 5

⁷³*Territorial Agenda. A future for all places*, Riunione informale di ministri responsabili della pianificazione del territorio, dello sviluppo territoriale e/o della coesione territoriale, 1 dicembre 2020.

⁷⁴In tal senso risultano interessanti gli spunti offerti dal documento *Culture and local development: maximising the impact. Towards an OECD guide for local governments, communities and museums*, dicembre 2017, in www.oecd.org/cfe/leed/OECD-GUIDE-MUSEUMS-AND-LD-Dec-2017.pdf, che fornisce alcune indicazioni per l'identificazione di modalità e meccanismi di partnership che consentano a musei, amministrazioni locali, e altri portatori di interessi (come le imprese culturali e creative) di lavorare a stretto contatto e in modo efficace.

«Un'Europa più vicina ai cittadini», dedicato allo sviluppo territoriale nelle sue diverse dimensioni e da attuarsi attraverso strategie di natura integrata proposte da coalizioni locali formate dalle istituzioni locali e dai loro partner sociali, economici e di società civile.⁷⁵

In questa prospettiva che assegna un ruolo decisivo alle comunità del territorio nel disegno e nell'attuazione degli interventi, la Convenzione di Faro funge da ulteriore impulso alla pianificazione strategica e partecipata da parte dei cittadini in ambito culturale, ad esempio laddove introduce la nozione innovativa di «Comunità Patrimoniale» ovvero un «*insieme di persone che attribuiscono valore ad aspetti specifici dell'eredità culturale e, che desidera, nel quadro di un'azione pubblica, sostenerli e trasmetterli alle generazioni future*» (art. 2, lett. b). La Convenzione di Faro, inserendosi nel solco tracciato dalla Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale sottoscritta del 2003, dalla Convenzione sulla diversità culturale del 2005, nonché dal Patto sui diritti economici, sociali e culturali, pone al centro del processo culturale la persona enunciando il diritto di chiunque, da solo o collettivamente «*a trarre beneficio dal patrimonio culturale e a contribuire al suo arricchimento*» (art. 4), e sottolinea la necessità della partecipazione democratica dei cittadini «*al processo di identificazione, studio, interpretazione, protezione, conservazione e presentazione del patrimonio culturale*» nonché «*alla riflessione e al dibattito pubblico sulle opportunità e sulle sfide che il patrimonio culturale rappresenta*» (art. 12).⁷⁶

⁷⁵Sul tema si rinvia al documento predisposto dal Dipartimento per le politiche di coesione, *Programmazione della politica di coesione. Tavolo 5 "Un'Europa più vicina ai cittadini". Sintesi degli esiti del confronto partenariale*, gennaio 2020, 17: «*Il confronto condotto in sede partenariale ha in prima battuta condiviso la visione "Cultura come veicolo di coesione economica e sociale" quale Tema Unificante per orientare il percorso di programmazione. Da qui ha mosso una feconda riflessione del Tavolo che ha dato ampio spazio all'esperienza maturata negli anni passati, confermando ruolo e contributo che la cultura può continuare a svolgere per/ nelle strategie territoriali integrate che sostanzieranno l'attuazione dell'OP5 con la strumentazione e le risorse dedicate alla valorizzazione del patrimonio e allo sviluppo del potenziale culturale. Lo stesso Accordo di Partenariato 2014-2020, con riferimento agli interventi in materia di cultura e turismo, sollecitava la programmazione sia di scala nazionale che regionale verso l'assunzione di un approccio territoriale (aree di attrazione culturale) e integrato in grado di sviluppare sinergie tra tessuto culturale, sociale ed economico.*»

⁷⁶Sulla portata applicativa della Convenzione di Faro si vedano le considerazioni di A. GUALDANI, *L'Italia ratifica la convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?*, in *Aedon*, 2020, 2; P. CARPENTIERI *Il ruolo del paesaggio e del suo governo nello sviluppo organizzativo e funzionale del Ministero e delle sue relazioni inter-istituzionali* in *Aedon*, 2018, 2; M.

Pertanto, anche alla luce di tali sollecitazioni, appare evidente che l'esercizio delle funzioni amministrative relative alla valorizzazione dei beni culturali non possa non tenere in considerazione l'apporto che i cittadini possono offrire, dovendone anzi valorizzare il contributo, dando effettiva attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale⁷⁷. Nel nostro ordinamento vi sono numerosi istituti giuridici che assolvono la funzione appena descritta: il d.lgs n. 42/2004 recante il Codice dei beni culturali all'art. 111 sostiene la partecipazione dei soggetti privati i quali possono concorrere cooperare o partecipare alle attività di valorizzazione, attraverso le forme regolate dallo stesso Codice (si pensi, ad esempio, alle sponsorizzazioni, alle fondazioni di partecipazione pubblico-privato o alle concessioni di servizi culturali e di beni culturali pubblici). Nel descritto contesto normativo- a cui devono peraltro aggiungersi le possibilità offerte dal D. Lgs. n. 50 del 2016 recante il Codice dei Contratti pubblici e dal d.lgs. n. 117 del 2017 recante il Codice del Terzo settore- si inseriscono le pratiche sperimentate nell'ambito della rigenerazione urbana condivisa attraverso i cd. patti di collaborazione⁷⁸.

Come è stato osservato anche la legge n. 158/2017 sui piccoli Comuni sembra sollecitare le attività di rigenerazione che muovono dal basso nella dimensione in cui detta una disciplina puntuale di quella che potrebbe definirsi la rigenerazione dei territori «*riconoscendo a questi ultimi un ruolo chiave per la tutela dei*

MONTELLA, *La "Convenzione di Faro" e la tradizione culturale italiana*, in *La valorizzazione dell'eredità culturale in Italia*. Atti del convegno, *Il Capitale culturale*, 2016, 5; P. CARPENTIERI, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *Federalismi*, 2017, 4.

⁷⁷Sulla nozione di valorizzazione dei beni culturali, senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 675 ss; P. STELLA RITCHER-SCOTTI, *Lo stato dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, in A. Cattelani, S. Cattaneo (a cura di), *I beni e le attività culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 2002; N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali: la sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, Giappichelli editore, 2002, 20 ss; E. BUOSO, *La tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale dopo la riforma del titolo V della Costituzione: una proposta interpretativa alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 471 ss. ; S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 2, 403 ss.

⁷⁸Al riguardo si veda F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di) *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributi al diritto delle città*, Bologna, il Mulino, 2017.

*beni comuni, compresa la valorizzazione del patrimonio storico-culturale e architettonico*⁷⁹, attraverso interventi integrati pubblici e privati finalizzati alla riqualificazione urbana.⁸⁰

Volendo tirare le fila del discorso è possibile affermare che la cultura intesa come produzione culturale o se si vuole come *driver* di sviluppo, costituisce un elemento qualificante delle politiche che mirano ad orientare la ripresa dei territori «fragili», anche per l'elemento innovativo e di creatività che essa è in grado di apportare.⁸¹ Tuttavia per migliorare l'efficacia delle strategie e dei progetti volti alla valorizzazione delle risorse culturali delle aree interne, sarebbe auspicabile da una parte migliorare la governance dei suddetti interventi, nella consapevolezza che in risposta alla complessità delle dinamiche su cui essi incidono risulta necessario, in una logica di integrazione, accordare un ruolo preminente anche agli attori non istituzionali, a partire dalle imprese (profit, soft profit o no profit); dall'altra, occorrerebbe infondere una maggiore consapevo-

⁷⁹F. MOROLLO, *Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di "democrazia diretta" per lo sviluppo dei territori*, (ora) in DPCE, 2019, 2, 1149.

⁸⁰Anche il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza contempla la rigenerazione dei piccoli centri italiani attraverso la valorizzazione dei rispettivi siti culturali. In particolare nell'Ambito di intervento 3, il PNRR dedica una particolare attenzione allo sviluppo turistico/culturale nelle aree rurali e periferiche: «gli investimenti consentiranno la valorizzazione del grande patrimonio di storia, arte, cultura e tradizioni presenti nei piccoli centri italiani e nelle zone rurali, sostenendo il recupero del patrimonio culturale, l'attivazione di iniziative imprenditoriali/commerciali (ad esempio nuove modalità ricettive), rivitalizzando il tessuto socio-economico dei luoghi (ad esempio favorendo la digitalizzazione dei mestieri tradizionali, quali l'artigianato), contrastando lo spopolamento dei territori e favorendo la conservazione del paesaggio e delle tradizioni». Nella descrizione della linea di investimento 2.1 Attrattività dei borghi, viene ribadito che «Gli interventi in questo ambito si attueranno attraverso il Piano Nazionale Borghi, un programma di sostegno allo sviluppo economico/sociale delle zone svantaggiate basato sulla rigenerazione culturale dei piccoli centri e sul rilancio turistico. Le azioni si articolano su progetti locali integrati a base culturale.»

⁸¹sul punto P. FORTE, *Istituzioni culturali e rigenerazione territoriale*, in C. BERTOLINO, T. CERRUTTI, M. OROFINO, A. POGGI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, Napoli, 2020, 428, osserva come il *driver* culturale «*possa funzionare con azioni di rigenerazione più complesse del mero restauro o della rifunionalizzazione di un bene o di un'area immobili, perché sta divenendo sempre più chiaro che quel driver, ben governato, può suscitare impresa, industriale, commerciale, culturale, creativa, sociale, benefit, e indurne anche altra non necessariamente di quel perimetro, anche sotto forma di innovazione di beni, servizi o processi produttivi. E non a caso è evidente il progressivo consolidamento di normative e politiche al riguardo [...] ma solo un approccio onestamente mosso, e sviluppato, in termini culturali, e a partire dal materiale intangibile, può produrre risultati duraturi, e complessi, poiché, alla fine, prova a lavorare sulla modifica del territorio in termini di patrimonio cognitivo.*»

lezza circa la scarsa efficacia delle strategie di sviluppo che si sostanzino in interventi puntuali rivolti ad una determinata area (un singolo Comune, o Borgo), senza considerare che tali realtà si inseriscono in un contesto territoriale più ampio.

Sotto questo profilo appaiono interessanti le pratiche sperimentate dalle cooperative di comunità⁸², una forma di impresa collettiva che «consente alle forze civiche di organizzare dal basso nuovi servizi per il soddisfacimento di alcuni dei bisogni socio-economici delle proprie comunità attivando reti di collaborazione con diversi attori del territorio»⁸³. Tale forma di cooperazione si differenzia dalle cooperative sociali in quanto il tratto distintivo non è dato dalla natura dei servizi offerti bensì dal destinatario principale delle attività svolte, ovvero la comunità locale intesa come «gruppo di persone che condividono, secondo varie modalità, valori e culture coagulate intorno a luoghi, interessi, risorse e progetti»⁸⁴ in un logica che sembra richiamare quella accolta dalla già citata Convenzione di Faro laddove definisce le «Comunità di patrimonio» come un «insieme di persone che attribuiscono valore ad aspetti specifici dell'eredità culturale e, che desidera, nel quadro di un'azione pubblica, sostenerli e trasmetterli alle generazioni future» (art. 2, lett. b).

⁸²E. BORGHI, *Piccole itale. Le aree interne e la questione territoriale*, Roma, Donzelli editore, 2017, 90, sulle origini delle cooperative di comunità afferma che «Le prime esperienze di cooperative di comunità possono essere fatte risalire già a fine ottocento, con la cooperazione di consumo e agricola delle terre alte delle Alpi e più recentemente negli Appennini. A partire dal 1893, in Trentino, si assiste quasi a una esplosione del movimento. Negli anni a cavallo del secolo nascono in questa regione decine e decine di cooperative di consumo, di credito e agricole»; sul tema si vedano anche I. DUMONT, *Le cooperative di Comunità, un'opportunità per le aree marginali. I casi di Succiso e Cerreto Alpi nell'Appennino reggiano in Ripartire dal territorio*, in *I limiti e le potenzialità di una pianificazione dal basso*, (a cura di) F. POLLICE, G. URSO, F. EPIFANI, Place telling. Collana di Studi Geografici sui luoghi e sulle loro rappresentazioni, 2019, 2, 155 ss; P. A. MORI, J. SFORZI, *Imprese di comunità. Innovazione Istituzionale, Partecipazione e Sviluppo Locale*, Bologna, Il Mulino, 2018; G. TENEGGI e F. ZANDONAI, *The Community Enterprises of the Appennino Tosco-Emiliano UNESCO Biosphere Reserve, Italy, Biodiversity Guardians and Sustainable Development Innovators*, in *Journal of Entrepreneurial Organization and Diversity*, 2017, 1, 33 ss; C. IAIONE, *Governing the Urban Commons in Italian Journal of Public law*, 2015, 7, 170 ss.

⁸³M. BIANCHI, *Cooperative di comunità, nuove forme di sviluppo e welfare locale*, in *Percorsi di secondo welfare* 2021, 3, 4.

⁸⁴R. BODINI, C. BORZAGA, P. MORI, G. SALVATORI, G. SFORZI, F. ZANDONAI, *Libro bianco La cooperazione di Comunità. Azioni e politiche per consolidare le pratiche e sbocciare il potenziale di imprenditoria comunitaria*, Trento, Euricse, 2016, 32.

Attualmente, le cooperative di comunità sono disciplinate da alcune leggi regionali⁸⁵ che sembrano intuire le loro potenzialità in riferimento a quelle attività volte alla valorizzazione delle risorse e delle vocazioni territoriali⁸⁶; tuttavia, l'adozione di un quadro normativo nazionale di riferimento⁸⁷ potrebbe incoraggiare il ricorso all'azione di tali soggetti, dando valore e riconoscimento al contributo che le formazioni sociali offrono nella gestione delle risorse comunitarie, soprattutto in quelle aree caratterizzate da condizioni di disagio socio-economico e da una scarsa accessibilità che inevitabilmente si traduce in una rarefazione dei servizi essenziali.

4.2. La duplice declinazione della sussidiarietà orizzontale nelle periferie urbane: metodo di definizione delle politiche pubbliche e leva per lo sviluppo delle pratiche collaborative

L'ordinamento contempla svariati strumenti volti a favorire la partecipazione dei cittadini alla programmazione degli interventi con ricadute territoriali; basti pensare al piano strategico territoriale, la cui redazione si caratterizza anche per il coinvolgimento dei rappresentanti della società civile nell'individuazione degli obiettivi e nella definizione delle strategie⁸⁸, ai patti per l'attuazione

⁸⁵Legge regionale della regione Liguria del 7 aprile 2015 n. 14; Legge regionale della regione Lazio del 3 marzo 2021, n. 1; Legge regionale della regione Puglia del del 20 maggio 2014, n. 23; Legge regionale della regione Basilicata del 20 marzo 2015, n. 12; Legge regionale della regione Emilia -Romagna del 17 luglio 2014, n. 12; Legge regionale della regione Lombardia del 6 novembre 2015, n. 36; Legge regionale della regione Toscana 8 maggio 2014, n. 24; Legge regionale della regione Abruzzo del'8 ottobre 2015, n.25.

⁸⁶Si segnala, in particolare, la Legge regionale della regione Lazio del 3 marzo 2021, n. 1 che l'art. 1 richiama esplicitamente il principio della sussidiarietà orizzontale e prevede, tra le altre cose, la possibilità di adottare forme di raccordo con l'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche attraverso schemi di convezioni tipo, ovvero attraverso l'attuazione delle forme di coinvolgimento attivo di cui all'art. 55. del d.lgs. n. 117 del 2017 recante il Codice del terzo settore (art. 8, co.1, lett. a)

⁸⁷Si segnala la proposta di legge presentata il 13 luglio 2017, atto camera n. 4588, "Disciplina delle cooperative di comunità" che definisce all'art. 1 «il perimetro della cooperazione di comunità, identificando i requisiti ineliminabili che essa deve possedere e inserendola nell'alveo della mutualità prevalente»; all'art 2 disciplina «il comportamento delle Regioni che, entro un anno dall'entrata in vigore della legge, devono emanare le norme attuative»; e all'art 3 dispone «le misure di sostegno economico, applicando innanzitutto agli investimenti effettuati dalle cooperative di comunità le agevolazioni fiscali, deduzioni e detrazioni, previste dal decreto-legge nr. 179 del 2012, convertito, con modificazioni dalla legge nr. 221 del 2012 per le start-up a vocazione sociale».

della sicurezza urbana⁸⁹, alla consultazione pubblica su piani e programmi con significativi effetti sull'ambiente e sul patrimonio culturale (artt. 14 e 24, Codice dell'ambiente), alla partecipazione in materia di opere pubbliche realizzata attraverso il dibattito pubblico di cui all'art. 22 del Codice dei contratti pubblici, o, ancora, per ciò che più attiene alla sussidiarietà orizzontale, alla co-programmazione⁹⁰ e alla co-progettazione disciplinate dal Codice del terzo settore (art. 55⁹¹), a proposito delle quali la Corte Costituzionale ha evidenziato la connes-

⁸⁸L. SALVIA, *Pianificazione strategica e indirizzo politico nelle città metropolitane alla luce della riforma "Delrio" (legge 56 del 2014)*, in *Rivista AIC*, 2016, 2, 5: «Il coinvolgimento di un numero elevato di soggetti nel procedimento di formazione del piano rappresenta un elemento di fondamentale importanza, poiché consente l'emersione di problemi, conflitti e bisogni manifestati direttamente dai loro portatori, ed apre la strada ad un alto grado di condivisione delle decisioni adottate. L'apporto partecipativo può rappresentare uno degli elementi che più segnano la diversità tra un modello burocratico di amministrazione improntata a criteri di gerarchia nei rapporti tra enti e di autorità nei rapporti con i privati, ed un modello di amministrazione improntata all'azione condivisa con gli amministrati, ispirata ai principi di sussidiarietà e leale collaborazione tra gli enti pubblici»; F. ROTONDO, *L'efficacia della pianificazione strategica di area vasta per lo sviluppo di nuovi modelli di governo del territorio*, in *Azienda pubblica*, 2011, 2, 145 ss.; T. PUGLIESE, A. SPAZIANTE (a cura di) *Pianificazione strategica per le città*, Milano, Franco Angeli, 2003; F. MARTINELLI (a cura di), *La pianificazione strategica in Italia e in Europa*, Milano, Franco Angeli, 2005; F. CANGELLI, *Piani strategici e Piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Torino, Giappichelli, 2012; G. IACOVONE, *Lineamenti della pianificazione strategica*, Bari, Cacucci, 2010; D. DONATI, *Primi appunti per un inquadramento giuridico della pianificazione strategica*, in A. Sterpa (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta. Commento alla l. 7 aprile 2014 n. 56*, Napoli, Jovene, 2014, 145 ss.

⁸⁹A. SIMONATI, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza?*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 1, 31 ss. osserva che: «l'esigenza di coinvolgimento diretto della popolazione radicata sul territorio nell'attività progettuale di riqualificazione degli spazi urbani è fortemente sentita nel d.l. n. 14/2017. Nell'art. 5, è prevista la stipulazione di patti per l'attuazione della sicurezza urbana tra il prefetto ed il sindaco, nel rispetto di linee guida adottate, su proposta del Ministro dell'interno, con accordo sancito in sede di Conferenza Stato-città e autonomie locali, in cui possono essere individuati, in relazione alla specificità dei contesti, interventi per la sicurezza urbana, tenuto conto anche delle esigenze delle aree rurali confinanti con il territorio urbano. Tali accordi possono prevedere il coinvolgimento [...] delle reti territoriali di volontari per la tutela e la salvaguardia dell'arredo urbano, delle aree verdi e dei parchi cittadini nonché le associazioni private per la promozione dell'inclusione, della protezione e della solidarietà sociale mediante azioni e progetti per l'eliminazione di fattori di marginalità».

⁹⁰A. GUALDANI, *Programmazione e pianificazione dei servizi sociali: il ruolo dei soggetti del Terzo settore*, in *Munus*, 2019, 2, 540 rileva come attraverso la co-programmazione «si delinea pertanto la costruzione di una sinergia tra Terzo settore e amministrazione che prende avvio dalla individuazione dei bisogni (attività nella quale il Terzo settore sarà chiamato ad espletare la sua funzione di advocacy) e che si concluderà con la valutazione delle risorse (non solo pubbliche, ma anche private profit e non profit) disponibili sul territorio». Secondo l'A, «la co-programmazione, la cui disciplina è dettata da fonte nazionale, diviene allora lo strumento attraverso cui consacrare la relazione pubblico-privato nella determinazione delle politiche pubbliche di welfare (...)».

⁹¹Art. 55: «1. In attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei

sione con la sussidiarietà orizzontale puntualizzando che «l'art. 55 CTS realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria proceduralizzazione dell'azione sussidiaria – strutturando e ampliando una prospettiva che era già stata prefigurata, ma limitatamente a interventi innovativi e sperimentali in ambito sociale (...) Si instaura, in questi termini, tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell'art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato» (Corte Cost. n. 131/2020⁹²).

A ben guardare, l'ordinamento valorizza la sussidiarietà orizzontale non solo quale fonte di legittimazione della partecipazione dei privati alla programmazione, pianificazione e progettazione degli interventi, ma altresì quale *ratio* di istituti volti a favorire la gestione, la cura e la valorizzazione degli spazi urbani.

Paradigmatici, in tal senso, sono gli “interventi di sussidiarietà orizzontale” contemplati dall'art. 189⁹³ del Codice dei contratti pubblici, che disciplina la

servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona. 2. La co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili. 3. La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2. (...)».

⁹²La pronuncia aggiunge che: «(...) la «co-programmazione», la «co-progettazione» e il «partenariato» (che può condurre anche a forme di «accreditamento») si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. (...) Il modello configurato dall'art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico».

⁹³Art. 189: «1. Le aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere, con esclusione degli immobili ad uso scolastico e sportivo, ceduti al comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, comunque denominati, possono essere affidati in gestione, per quanto concerne la manutenzione, con diritto di prelazione ai cittadini residenti nei comprensori oggetto delle suddette convenzioni e su cui insistono i suddetti beni o aree, nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento. A tal fine i cittadini residenti costituiscono un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno il 66 per cento della proprietà della lottizzazione. Le regioni e i comuni possono prevedere incentivi alla gestione diretta delle aree e degli immobili di cui al presente comma da parte dei cittadini costituiti in consorzi anche mediante riduzione dei tributi propri.

gestione consortile di aree verdi urbane e di immobili di origine rurale nonché la realizzazione di microprogetti di interesse locale di arredo urbano, e il baratto amministrativo di cui all'art. 190⁹⁴, già previsto dal d.l. 12 settembre 2014 n. 133 (art. 24, co. 1).

La breve panoramica innanzi tratteggiata si compone di interventi legislativi statali che sarebbe impossibile approfondire analiticamente in questa sede; sicché, nelle pagine seguenti ci si soffermerà sulle potenzialità insite nelle prati-

2. Per la realizzazione di opere di interesse locale, gruppi di cittadini organizzati possono formulare all'ente locale territoriale competente proposte operative di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, indicandone i costi ed i mezzi di finanziamento, senza oneri per l'ente medesimo. L'ente locale provvede sulla proposta, con il coinvolgimento, se necessario, di eventuali soggetti, enti ed uffici interessati fornendo prescrizioni ed assistenza. Gli enti locali possono predisporre apposito regolamento per disciplinare le attività ed i processi di cui al presente comma.

3. Decorsi due mesi dalla presentazione della proposta, la proposta stessa si intende respinta. Entro il medesimo termine l'ente locale può, con motivata delibera, disporre l'approvazione delle proposte formulate ai sensi del comma 2, regolando altresì le fasi essenziali del procedimento di realizzazione e i tempi di esecuzione. La realizzazione degli interventi di cui ai commi da 2 a 5 che riguardino immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistico-ambientale è subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle disposizioni di legge vigenti. Si applicano in particolare le disposizioni del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.

4. Le opere realizzate sono acquisite a titolo originario al patrimonio indisponibile dell'ente competente.

5. La realizzazione delle opere di cui al comma 2 non può in ogni caso dare luogo ad oneri fiscali ed amministrativi a carico del gruppo attuatore, fatta eccezione per l'imposta sul valore aggiunto. Le spese per la formulazione delle proposte e la realizzazione delle opere sono, fino alla attuazione del federalismo fiscale, ammesse in detrazione dall'imposta sul reddito dei soggetti che le hanno sostenute, nella misura del 36 per cento, nel rispetto dei limiti di ammontare e delle modalità di cui all'articolo 1 della legge 27 dicembre 1997, n. 449 e relativi provvedimenti di attuazione, e per il periodo di applicazione delle agevolazioni previste dal medesimo articolo 1. Successivamente, ne sarà prevista la detrazione dai tributi propri dell'ente competente.

6. Restano ferme le disposizioni recate dall'articolo 43, commi 1, 2, e 3 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, in materia di valorizzazione e incremento del patrimonio delle aree verdi urbane».

⁹⁴Art. 190: «Gli enti territoriali definiscono con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa».

che di sussidiarietà orizzontale non codificate a livello normativo o disciplinate solo da fonti secondarie, ma comunque suscettibili di favorire il superamento delle disuguaglianze sociali nelle aree urbane svantaggiate.

È significativo, in tal senso, che la dottrina, attualizzando il “diritto alla città” elaborato da Lefebvre negli anni ‘60⁹⁵ e poi affermato dalle Carte internazionali⁹⁶, ne abbia rinvenuto una moderna declinazione proprio nelle pratiche di *sharing economy* di cui in seguito si dirà, nonché nelle esperienze di cittadinanza attiva volte alla gestione dei beni comuni e alla rigenerazione del tessuto urbano⁹⁷, che concorrono a ridefinire il “diritto alla città” come «riattivazione del diritto/dovere di cittadinanza, come momento di epifania e risveglio di coloro che vivono la

⁹⁵H. LEFEBVRE, *Le droit à la ville*, Paris, Anthropos, 1968. Per un commento all’opera v. L. COSTES, *La rivendicazione odierna del diritto alla città*, in *Sociologia urbana e rurale*, 2019, 118, 33, il quale evidenzia come obiettivo del suo lavoro fosse «riuscire a individuare un programma di ricerca e di azione politica che permetta alle persone di recuperare lo spazio urbano e la loro vita cittadina, di restituire agli abitanti la vita della città». Secondo Lefebvre, «La soluzione sta nella entrata in pratica di un nuovo diritto: il “diritto alla città, a non essere escluso dalla centralità, dal suo movimento, nella riappropriazione dello spazio da parte dei cittadini come punto di partenza per la realizzazione della trasformazione democratica della società». Di recente v. altresì, A. MAZZETTE, *Il diritto alla città cinquant’anni dopo: il ruolo della sociologia urbana*, in *Sociologia urbana e rurale*, 2018, 115, 38 ss.

⁹⁶V. la *Carta europea dei diritti umani nella città*, adottata il 18 maggio 2000 dalla Seconda Conferenza Europea delle città per i diritti umani (art. 1 «Diritto alla città»); la *New Urban Agenda* conclusiva della Conferenza dell’O.N.U. sugli insediamenti umani e lo sviluppo urbano sostenibile *Habitat III*, svoltasi a Quito nell’ottobre 2016; la nuova *Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*.

⁹⁷F. SAITTA, *Il “diritto alla città”: l’attualità di una tesi antica*, in *Ordines*, 2020, 2, 69-70: «In questo contesto, alcune città, sull’onda della *sharing economy*, hanno iniziato a collaborare reciprocamente per condividere i principi ispiratori per un governo dell’economia digitale e, più in generale, per sperimentare una nuova strategia tra città che condividono un tessuto socio-economico e/o un’esperienza storica di partecipazione popolare ai processi decisionali dell’ente locale. Com’è ben stato notato, la novità di tali fenomeni, che proiettano le città verso nuovi scenari, è che è tutto improntato ai temi della solidarietà sociale: il diritto della città scavalca quello statale e delle comunità autonome, poiché le città si fanno carico dei problemi globali e non solo di quelli locali. Merita menzione addirittura maggiore il fenomeno delle pratiche di rigenerazione del tessuto urbano esistente nate dalle iniziative di cittadini che, in accordo con le istituzioni municipali di riferimento, si sono attivati per produrre in forma autonoma spazi più democratici, inclusivi, accessibili e culturalmente attivi: numerosi sono gli esempi di pratiche promosse direttamente dai cittadini che, sotto la forma dell’utilizzo temporaneo o del riuso di un edificio esistente o di un’area in stato di abbandono, hanno prodotto nuovi modi di vivere e lavorare, offerto servizi innovativi alla collettività, spazi per le comunità locali, la cultura e le attività creative, l’avvio di nuove realtà professionali (postazioni di *co-working*, unità da affittare, caffetterie, laboratori artigianali, mercati locali), in nome di un «diritto alla città» inteso come il diritto collettivo di plasmare e produrre lo spazio urbano nel suo valore d’uso».

città”, in altre parole come “diritto collettivo di plasmare e produrre lo spazio urbano nel suo valore d’uso”⁹⁸.

Muovendo dallo sviluppo di tale premessa, ci si interrogherà sul ruolo interpretabile dagli enti locali, che, talvolta, pur in mancanza di una cornice legislativa statale o regionale, hanno inquadrato giuridicamente forme di attivismo civico sorte spontaneamente, confermando che il Comune, in quanto ente «*più prossimo al territorio (...) capace di raccogliere e valorizzare le idee e le proposte che sorgono spontaneamente in seno alla comunità di riferimento*», è l’ente meglio in grado di “favore” l’azione sussidiaria dei cittadini ai sensi dell’art. 118, co. 4 Cost⁹⁹.

Anche le espressioni della sussidiarietà orizzontale prive di un sostrato normativo di rango primario possono, al pari delle altre, assumere una duplice dimensione ed esplicarsi tanto con il coinvolgimento dei cittadini nella definizione delle politiche pubbliche locali, quanto con lo svolgimento di attività volte alla realizzazione di interessi di comunità, specie mediante la condivisione di risorse materiali e immateriali secondo il paradigma della *sharing economy*.

Sul primo versante, vengono in rilievo tutte quelle iniziative volte a far sì che i cittadini possano intervenire, già a monte, in sede di rilevazione dei bisogni e progettazione degli interventi. Si pensi al modello delle CO-città elaborato dalla dottrina e messo in campo da taluni enti locali, in forza del quale l’obiettivo delle politiche pubbliche è «*favorire la transizione delle città e soprattutto dei quartieri verso un ecosistema collaborativo urbano/metropolitano in cui la cura e rigenerazione della città, i bisogni delle persone e le prospettive dell’economia locale vengono affrontati, soddisfatti, coltivati facendo leva su strategie centrate sull’intelligenza civica e la collaborazione tra pubblico, privato e comunità/collettività*»¹⁰⁰.

⁹⁸F. SAITTA, *Il “diritto alla città”*, cit., p. 84: «Ciò postula il riconoscimento della partecipazione come fondamentale elemento dei processi di trasformazione urbana, alla ricerca di soluzioni idonee a consentire l’effettiva soddisfazione del «diritto alla città» (...). La strada per l’affermazione del «diritto alla città» è sicuramente lunga e passa attraverso la trasformazione degli abitanti da meri amministrati e subordinati alla potestà pubblica in attori: il «diritto all’opera» ed il «diritto alla fruizione» predicati da Lefebvre presuppongono un cittadino collaborativo ed un’amministrazione più partecipata e trasparente».

⁹⁹ L. MUZI, *L’amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell’ottica della sussidiarietà orizzontale*, in F. Di Lascio, F. Gighioni, *La rigenerazione*, cit., p. 124.

Benché ormai numerose siano le esperienze locali orientate in tale direzione, per rendere una significativa idea di ciò che si sta dicendo è utile richiamare brevemente quelle promosse dal Comune di Reggio Emilia attraverso il *Regolamento dei laboratori di cittadinanza* adottato nell'ambito del programma *Quartiere, bene comune*¹⁰¹.

La strategia d'azione elaborata dall'ente si fonda su due pilastri fondamentali: gli accordi di cittadinanza e i laboratori di cittadinanza, che rappresentano, rispettivamente, gli strumenti e le sedi funzionali all'attuazione della "città collaborativa".

È interessante osservare come, secondo quanto statuito dal Regolamento, gli accordi di cittadinanza¹⁰² si articolino in una parte strategica con una visione progettuale di lungo e/o medio periodo e in una parte operativa con le singole progettualità disegnate e attuate dai cittadini; coerentemente con siffatto impianto, dal punto di vista contenutistico, detti accordi hanno ad oggetto sia progetti volti «*alla cura della città*» (ad es. interventi condivisi sui beni, sugli spazi pubblici e sugli edifici, con diversi livelli di intensità: la cura occasionale, la cura costante e continuativa, la gestione condivisa e la rigenerazione e il riu-

¹⁰⁰C. IAIONE, *Le politiche pubbliche al tempo della sharing economy: nell'età della condivisione il paradigma del cambiamento è la collaborazione*, in E. Polizzi, M. Bassoli (a cura di), *Le politiche della condivisione*, Milano, 2016, 44.

¹⁰¹Approvato con delibera del Consiglio Comunale 21.12.2015 n. 228 e modificato con delibera 11.12.2017 n. 186 reperibile in <https://www.comune.re.it/retecivica/urp/regolamenti.nsf/PES-TitoloWebCategoria/47CC48B5C7288DE4C1257F6B002A8234?opendocument>. In dottrina v. N. LEVI, *Quartiere, bene comune. Un'esperienza di città collaborativa a Reggio Emilia*, in P. CHIRULLI, C. IAIONE (a cura di), *La co-città*, Napoli, Jovene, 2019, 267 ss.

¹⁰²L'accordo di cittadinanza costituisce «lo strumento con cui Comune e cittadini/e protagonisti/e sottoscrivono i reciproci impegni rispetto ai progetti di innovazione sociale individuati ed elaborati in modalità condivisa durante la fase di ascolto e co-progettazione (...) si compone di due parti strettamente integrate: una parte strategica con una visione progettuale di lungo e/o medio periodo rispetto alla dimensione spaziale e sociale del contesto territoriale sviluppata a partire dalle competenze e vocazioni del territorio, scaturite dalla lettura del territorio da parte dell'Architetto di Quartiere e dalla fase di Ascolto della cittadinanza; una parte operativa con le singole progettualità disegnate e attuate dai cittadini protagonisti dei Laboratori di cittadinanza coerentemente alla visione generale» (Art. 6 Reg. dei laboratori e degli accordi di cittadinanza).

so¹⁰³), che progetti finalizzati «*alla cura della comunità*», volti a «*generare nuovi servizi in grado di soddisfare bisogni sociali grazie a legami sociali e forme inedite di relazione civica facilitate anche da piattaforme e ambienti digitali*»¹⁰⁴.

Dal punto di vista operativo, centrale e meritevole di considerazione è il ruolo rivestito dai laboratori di cittadinanza, nei quali si sviluppa il processo collaborativo articolato in più fasi: ascolto dei bisogni, manifestazione delle prime proposte progettuali, progettazione condivisa per la firma dell'Accordo, gestione degli interventi e dei servizi previsti e sottoscritti nell'Accordo, covalutazione e rendicontazione pubblica dei risultati ottenuti e degli impatti prodotti (v. art. 4 Regolamento).

Nel tratteggiare, seppur in modo necessariamente sintetico, il fenomeno delle *co-cities*, affiorano molteplici analogie con le esperienze - la più nota è quel-

¹⁰³In merito a questi, il Regolamento specifica che: «L'intervento è finalizzato a: integrare o migliorare gli standard manutentivi garantiti dal Comune o migliorare la vivibilità e la qualità degli spazi; assicurare la fruibilità collettiva di spazi pubblici o edifici non inseriti nei programmi comunali di manutenzione; collaborare alla rigenerazione e riuso anche temporaneo di spazi o edifici pubblici dismessi o abbandonati da destinare ad attività di interesse pubblico e con un impatto sociale».

¹⁰⁴«Per la promozione di nuovi servizi, il Comune favorisce il coinvolgimento diretto dell'utente finale di un servizio nel suo processo di progettazione, infrastrutturazione ed erogazione. La produzione di servizi collaborativi viene promossa per attivare processi generativi di beni comuni materiali, immateriali e digitali. Il Comune persegue gli obiettivi di cui al presente articolo incentivando la nascita di cooperative, imprese sociali, start-up a vocazione sociale e lo sviluppo di attività e progetti a carattere economico, culturale e sociale. Gli obiettivi della co-progettazione per la cura della comunità sono di produrre innovazione sociale socializzata, cioè forme inedite di risposta al bisogno sociale delle comunità attraverso il ruolo attivo della comunità stessa fin dalla fase progettuale e con una rilevante ricaduta sociale del servizio progettato». Per una panoramica dei progetti collaborativi attuati v. <https://www.comune.re.it/retcecivica/urp/pes.nsf/web/Dcmntrlzn?opendocument>.

la bolognese¹⁰⁵ - di “amministrazione condivisa”¹⁰⁶, volte, attraverso l’adozione del *Regolamento sulla collaborazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani*¹⁰⁷, a facilitare l’attivismo di tutti quei cittadini che intendano prendersi cura dei beni comuni (manutenzione del verde e di strade, gestione condivisa di edifici pubblici inutilizzati, ecc.) attraverso la co-progettazione e la co-gestione degli spazi urbani¹⁰⁸, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale¹⁰⁹.

¹⁰⁵Così descritta sul portale del Comune: Bologna ha adottato nel 2014 il Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e rigenerazione dei beni comuni urbani, come frutto della sperimentazione condotta grazie al progetto “La città come bene comune” della Fondazione del Monte di Bologna e Ravenna. Il Regolamento ha profondamente innovato la cura e l’amministrazione della città, creando una forma inedita di collaborazione tra amministrazione, cittadini e altre articolazioni della comunità locale. Nel contempo, il Comune ha lanciato “Collaborare è Bologna” con una finalità duplice: (i) coordinare all’interno di un’unica politica pubblica diversi progetti di rigenerazione dei beni comuni urbani, innovazione sociale ed economia collaborativa; (ii) prototipare un metodo nuovo per costruire un dialogo con le forze della collaborazione civica nella città. Parte di questo processo e percorso è “CO-Bologna” (<https://co-bologna.it/chi-siamo/>). Per un’approfondita analisi del caso bolognese v. V. ORIOLI, *Città collaborative e rigenerazione urbana. L’esperienza di Bologna*, in A. ALVISI, D. DONATI, G. PAVANI, S. PROFETI, C. TUBERTINI (a cura di), *New Policies and Practices for European Sharing Cities*, Università di Bologna – Collana *Alma Mater Studiorum 1088*, Bologna, 2019, 420 ss.

¹⁰⁶L’amministrazione condivisa si sostanzia in uno «strumento di democrazia di prossimità essenziale per l’incremento della coesione sociale tra individui e gruppi, capace di proiettare i suoi benefici effetti ben al di là del momento emergenziale della crisi economica, divenendo pratica da sviluppare e sostenere in funzione della stessa promozione e sviluppo della comunità locale proprio in quelle aree – le città – dove maggiore è la conflittualità tra categorie sociali differenti, e dove sono più evidenti le problematiche di convivenza e le tematiche a sfondo ambientale» (in termini, C. TUBERTINI, *Sviluppare l’amministrazione condivisa attraverso i principi di sussidiarietà (verticale) e leale collaborazione: riflessioni e proposte*, in *Ist. Fed.*, 2019, 4, 973. Per un inquadramento del tema, anche con riferimento ai beni comuni, v. G. ARENA, *L’Amministrazione condivisa 18 anni dopo. Un’utopia realizzata*, in *labsus.org*; ID., *Liberare energia mediante la cura condivisa dei beni comuni*, in *labsus.org*; M. R. FERRARESE, “Governance”. *Sugli effetti politici e giuridici di una self-revolution*, in *Politica del diritto*, 2014, 2, 161 ss.; L. RAMPA, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *Politica del diritto*, 2014, 2, 253 ss.; P. CHIRULLI, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in AA.VV. *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, Jovene, 2013; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, Laterza, 2013; G. ARENA, C. IAIONE (a cura di), *L’Italia dei beni comuni*, Roma, Carocci, 2012; T. MANNARINI, *La cittadinanza attiva. Psicologia sociale della partecipazione pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2009; G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

¹⁰⁷L’amministrazione comunale è la prima ad aver adottato, con delibera del Consiglio comunale, 19 maggio 2014, n. 172 il Regolamento, elaborato con Labsus-laboratorio per la sussidiarietà. Si rammenta, però, che, anche alla luce delle coordinate tracciate dalla giurisprudenza in risposta alla problematiche emerse nelle molteplici esperienze di amministrazione condivisa ormai in atto, nel 2017 Labsus ha proposto un nuovo prototipo di Regolamento, adottabile dagli enti locali come base di riferimento: *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazioni per la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni urbani* reperibile in <https://www.labsus.org/wp-content/uploads/2017/04/giugno.2020.Prototipo-di->

Segnatamente, in applicazione del suddetto modello, il Comune e i cittadini definiscono l'ambito degli interventi di cura, rigenerazione o gestione condivisa dei beni comuni urbani attraverso patti di collaborazione¹¹⁰ suscettibili di assumere contenuti molteplici ed eterogenei¹¹¹, sulla cui natura giuridica si rinvengono posizioni eterogenee in dottrina¹¹², talune tendenti a qualificarli come accordi di stampo pubblicistico *ex art.* 11 L. n. 241/1990¹¹³, altre inclini a sostenere la natura amministrativa non autoritativa ai sensi dell'art. 1 co. 1-*bis* L. n.

Regolamento-Labsus.-rev2021.pdf). Attualmente il Regolamento è stato adottato da più di 250 Comuni; per una panoramica generale dei regolamenti fino ad ora adottati v. <https://www.labsus.org/category/diritto/norme/regolamenti-comunali/>.

¹⁰⁸Per un approfondimento v. D. CIOFFI, *Il ruolo del nuovo terzo settore nella società italiana che cerca "paricrazia"*, in G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, cit., p. 121 ss.

¹⁰⁹C. IAIONE, *Le politiche pubbliche*, cit., p. 58 inserisce tale esperienze nella categoria della *shared governance*, che rappresenta uno degli «*strati incrementali*» di cui si compone la «*matrice della co-governance urbana*», corrispondenti ai diversi schemi di *governance* ipotizzabili. Partendo dalla «*governance pubblica*», in cui l'istituzionale locale concentra su di sé il controllo e il governo del territorio, il potere decisionale, nonché la produzione, erogazione e distribuzione dei servizi pubblici locali, si trovano nei livelli successivi: la «*governance pubblico-privata*» che si realizza attraverso i partenariati pubblico-privati; la «*governance condivisa* (o *shared governance*)», che – ispirata al principio di sussidiarietà orizzontale – può trovare realizzazione attraverso i patti di collaborazione volti a disciplinare gli interventi dei cittadini per la cura volontaria della città; la «*governance collaborativa*», che prevede la stipula di patti multilaterali involgenti «*il civico fatto di innovatori sociali, il sociale composto dalle organizzazioni del terzo settore e volontariato e altre organizzazioni della società civile, il cognitivo che raggruppa istituzioni culturali, scuole e università, il pubblico che racchiude il reticolo complesso e multilivello delle istituzioni pubbliche, il privato fatto di imprese e industrie che costruiscono su vocazioni locali e dunque sono per forza di cose interessate a contribuire allo sviluppo locale*»; la «*governance cooperativa*», che prevede la nascita di strutture cooperative e di comunità per contribuire alla produzione di servizi comuni urbani (ad es., nel settore della mobilità urbana, la flotta comune, ovvero l'insieme di tutti i mezzi di proprietà dei cittadini a livello di quartiere); infine, la «*governance policentrica*», in cui il ruolo delle istituzioni consiste nella creazione di un «*ecosistema istituzionale collaborativo*» volto a connettere i singoli individui quali «*centri autonomi di relazioni e di soluzione di problemi*».

¹¹⁰Parte della dottrina qualifica siffatte esperienze come “microrigenerazione”. In tal senso, R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori*, cit., p. 640, secondo cui: “Un altro modo di declinare la dimensione “micro” della rigenerazione urbana si rinviene nella sempre più frequente regolamentazione comunale della disciplina degli interventi di rigenerazione dei beni urbani. In questi casi, rispetto a quanto appena rilevato con riguardo agli interventi statali, viene in rilievo il ruolo fondamentale della cittadinanza nella predisposizione degli interventi di rigenerazione»; G. GARDINI, *Alla ricerca della “città giusta”*, cit., p. 74: «La microrigenerazione, per contrapposizione, si sostanzia in una serie di iniziative puntuali, volte alla realizzazione di interventi di riqualificazione di specifici spazi urbani, spesso frutto della collaborazione “guidata” fra la pubblica amministrazione e la cittadinanza. Si tratta di forme di rigenerazione dal basso, che sfruttano modelli di amministrazione condivisa, aperta alla partecipazione della cittadinanza, e si ispirano ad un ideale di città collaborativa, o co-città, in cui la gestione di beni e spazi comuni urbani viene curata dall'amministrazione insieme ai diretti interessati, ossia i cittadini (...) Attraverso la microrigenerazione, o rigenerazione dal basso, si assiste quindi ad un vero e proprio cambio di paradigma nella gestione urbana che, come è stato detto, porta a superare la sola dimensione partecipativa per realizzare il modello dell'amministrazione condivisa, dove privato e amministrazione rivestono ruoli paritari». In merito ai patti di collabora-

241/1990¹¹⁴ o finanche contrattuale secondo lo schema del partenariato sociale di cui agli artt. 189 e 190 del Codice dei contratti pubblici¹¹⁵.

Non potendosi approfondire i suddetti profili, è interessante quantomeno rilevare come, secondo l'impostazione teorica sottesa al Regolamento, quest'ultimo - difettando una disciplina di rango primario - aspiri a porsi come diretta attuazione dell'art. 118, co. 4 Cost¹¹⁶; sicché – come è stato osservato - «nell'esperienza italiana (...) a "cucire" il legame tra informalità e formalità del diritto non è tanto l'obbligatoria previsione di una legge, che pure potrebbe esserci, ma la congiunzione di

zione, G. GARDINI, *op cit.*, p. 77 rileva altresì che: «il valore dei patti di collaborazione non risiede solo negli effetti materiali di cura di beni comuni, e dunque nella loro capacità di dare attuazione ai Regolamenti, ma anche nella promozione della partecipazione civica, nel recupero dei legami di comunità e nella integrazione delle persone all'interno delle comunità locali. Sono quindi strumenti urbanistici dotati di valore in sé, non solo per la loro capacità di dare attuazione ai regolamenti sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione».

¹¹¹Ai sensi degli artt. 7 e 8 del Regolamento, è possibile distinguere "patti di collaborazione ordinari", aventi ad oggetto, ad esempio, pulizia, imbiancatura, piccola manutenzione ordinaria, giardinaggio, allestimenti, decorazioni, attività di animazione territoriale, aggregazione sociale, comunicazione, attività culturali e formative, e "patti di collaborazione complessi", che "riguardano spazi e beni comuni che hanno caratteristiche di valore storico, culturale o che, in aggiunta o in alternativa, hanno dimensioni e valore economico significativo, su cui i cittadini propongono di realizzare interventi di cura o rigenerazione che comportano attività complesse o innovative volte al recupero, alla trasformazione ed alla gestione continuata nel tempo per lo svolgimento di attività di interesse generale". In merito agli interventi realizzabili con i patti di collaborazione, v. F. DI LASCIO, *Quali tendenze in corso, cit.*, p. 135 ss.; P. MICHARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza di Bologna*, in *Aedon*, 2016, 2. Affronta molteplici profili relativi ai patti di collaborazione, R. TUCCILLO, *Rigenerazione dei beni attraverso i patti di collaborazione tra amministrazione e cittadinanza attiva: situazioni giuridiche e forme di responsabilità*, in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione, cit.*, p. 89 ss.

¹¹²Sul punto, v. P. MICHARA, *I patti di collaborazione, cit.*; M.V. FERRONI, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, 2017, 3, 9-10-17.

¹¹³F. GIGLIONI, *Le città come ordinamento giuridico, cit.*, p. 66 ss., secondo cui, però, nel caso in cui il patto di collaborazione sia stipulato su iniziativa dell'amministrazione, che ricerchi i cittadini con un avviso pubblico per il riuso temporaneo di beni e spazi urbani, il referente normativo sarebbe quello dell'art. 12, l. n. 241/1990 sulla concessione di sovvenzioni.

¹¹⁴A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana, cit.*, pp. 158-160.

¹¹⁵R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori, cit.*, pp. 642-643.

¹¹⁶F. GIGLIONI, *Le città come ordinamento giuridico, cit.*, pp. 44-45 osserva: «I patti di collaborazione sono soluzioni originali che trovano la loro fonte di legittimazione nei regolamenti comunali, come dianzi detto. I regolamenti, a loro volta, non sono in esecuzione di determinati provvedimenti legislativi ma trovano origine, come precisato in quasi tutti i regolamenti, negli artt. 117, c. 6, e 118, c. 4, Cost. Sono, dunque, in diretta esecuzione della Costituzione e costituiscono l'esercizio dell'autonomia comunale. Benché i regolamenti comunali siano a tutti gli effetti atti normativi, la loro legittimazione non è riconducibile a provvedimenti legislativi formali»; in tal senso, v. altresì L. MUZI, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani, cit.*, p. 119.

due azioni: da un lato, la realizzazione del disegno costituzionale disposto dal richiamato articolo 118 (...), dall'altro, le autorità di governo territoriali che, in virtù della rappresentanza degli interessi dei territori che amministrano e dell'autonomia loro concessa, possono, grazie al richiamato principio di sussidiarietà orizzontale, riconoscere le azioni coerenti con gli interessi generali che rappresentano (...). Pertanto, il principio di legalità è in queste situazioni soddisfatto non tanto dall'atto formale legislativo, ma dall'applicazione diretta della Costituzione di cui si fanno garanti le autorità pubbliche rappresentative degli interessi generali in forza della loro autonomia»¹¹⁷.

¹¹⁷F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 1, 3 ss.

Nelle esperienze virtuose sin qui descritte, forme di partecipazione¹¹⁸ emerse spontaneamente hanno ricevuto definizione giuridica da parte di Comuni inclini a valorizzare le potenzialità della sussidiarietà orizzontale. Nondimeno, come innanzi accennato, l'attivismo civico può esprimersi anche in manifestazioni del tutto prive di inquadramento giuridico, ma comunque capaci di contribuire all' "interesse generale" di cui all'art. 118 co. 4 Cost. perché basate sulla la condivisione delle risorse secondo il paradigma della *sharing economy*.

¹¹⁸U. ALLEGRETTI, *Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia*, in *Rivista AIC*, 2011, 1, 4 osserva che: «Basi anche testuali per la partecipazione non mancano nella redazione della nostra Carta. Intanto, l'art. 1 proclama che il popolo non soltanto è titolare della sovranità ma ne ha l'esercizio. Non meno chiaramente, le basi della Costituzione stanno, per l'art. 2, nei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità: tutto ciò non può non comprendere la sua partecipazione alla vita della società e delle istituzioni, elemento essenziale di quella che si chiama la sua piena "capacitazione". Con la sua dizione letterale l'art. 3 pone come fine della Repubblica "il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Questa è sempre stata considerata norma base, di tipo finalistico, che orienta tutta la costituzione italiana verso una trasformazione più egualitaria della società, ma più raramente è stata oggetto di analisi nell'aspetto qui sottolineato. Essa, nella complessità della sua conformazione testuale, non è forse altrettanto formale quanto altre costituzioni più recenti (numerose costituzioni latinoamericane, la portoghese e altre) nel sancire la partecipazione e la stessa democrazia partecipativa, ma contiene una diretta menzione della partecipazione. E lo fa in un contesto estremamente significativo, appunto perché è quello in cui si impone alla Repubblica il compito di trasformazione sociale e di realizzazione dell'uguaglianza sostanziale, indicando così una prospettiva dinamica e prescrivendo un cammino al Paese nel quale la partecipazione – specificata come riguardante l'organizzazione "politica, economica e sociale" – deve investire tutta la società e le sue istituzioni in funzione di obiettivi, appunto, di giustizia sociale». Posta tale premessa, l'A. rileva che: «i principi costituzionali sono "auto-applicativi" e che pertanto ogni istituzione può e forse deve applicarli anche in difetto di leggi o altre norme generali. In particolare, atteso che le autonomie locali, specialmente dopo la riforma costituzionale del 2001, godono di una posizione di piena capacità autoregolativa, esse potranno introdurre nel loro funzionamento e nella loro organizzazione dispositivi partecipativi con proprie decisioni; e ciò vale in misura più stringente per il comune, data la sua fisionomia di ente di base, espressione immediata della comunità locale». A. VALASTRO, *Stato costituzionale, democrazia pluralista e partecipazione: quali diritti?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, Il Mulino, 2010, 457 ss. rinviene: «nei diritti di partecipazione il punto di tenuta dell'intero sistema dei diritti sociali, la condizione e il punto di arrivo degli stessi: ciò appare tanto più vero ove si ponga mente al fatto che la partecipazione ai processi decisionali, fornendo al decisore informazioni sui bisogni dei destinatari, può contribuire a sua volta a migliorare la qualità delle politiche pubbliche, e dunque delle prestazioni previste a tutela dei singoli diritti sociali. Tutto ciò dovrebbe portare a riconoscere l'esistenza di un diritto sociale fondamentale avente a oggetto la realizzazione di processi decisionali inclusivi, ossia l'apprestamento di strumenti e garanzie volti a consentire e promuovere il coinvolgimento dei soggetti privati nella creazione delle regole; e il punto nodale della distinzione tra diritti partecipativi classici (democrazie rappresentativa) e nuovi diritti sociali partecipativi (democrazia partecipativa) dovrebbe ravvisarsi nell'obbligo di intervento positivo che i secondi postulano in virtù del loro collegamento con l'art. 3, comma 2, Cost.». La dottrina ha affrontato il tema della partecipazione del cittadino alla *governance* della città anche mettendolo in connessione con quello della *smart city*. A tal proposito si è osservato che: «negli ultimi anni si riconosce come la traduzione in pratica della filosofia *smart* si sia limitata – tanto nei Paesi occidentali quanto in quelli in via di sviluppo – all'aspetto tecnologico, ovvero alle infrastrutture di cui la città *smart* ha bisogno. Sono tre i fattori che hanno pesantemente inciso sull'equazione tra *smart city* e infrastrutture tecnologiche: il determinismo tecnologico; l'influenza delle multinazionali nel settore delle Ict; un orien-

In tal senso, è significativo che nel Regolamento bolognese siano rintracciabili impliciti riferimenti alle modalità d'azione tipiche della *sharing economy*, specie laddove (art. 11) si dispone che: «*Il Comune promuove l'innovazione sociale, attivando connessioni tra le diverse risorse presenti nella società, per creare servizi che soddisfino bisogni sociali e che nel contempo attivino legami sociali e forme inedite di collaborazione civica, anche attraverso piattaforme e ambienti digitali, con particolare riferimento alla rete civica*» (co. 1) e «*(...) al fine di ottimizzare o di integrare l'offerta di servizi pubblici o di*

tamento neoliberista»; nondimeno, solo «una comunità dotata di intelligenza civica – cioè la capacità latente di interpretare e risolvere problemi di ordine collettivo – è in grado di favorire il passaggio da una smart city a una città intelligente. Oggi non è solo questione di infrastruttura tecnica, ma anche di infrastruttura sociale, civica. In altre parole, l'hardware delle infrastrutture cittadine deve essere accompagnato da un software sociale sofisticato e aperto, il cui codice sia accessibile e ri-programmabile. Il passaggio da città smart a città intelligente richiede di aprire a un modello di governance dal basso che controbilanci quello delle grandi Corporation It in collaborazione con i governi locali. (...) Ciò significa, per esempio, sostituire l'ottica di consultazione con cui moltissimi comuni hanno interagito coi propri abitanti con veri processi partecipativi di co-design e co-creation. Infatti, non bastano più ingegneri, sistemisti e programmatori, ma servono cittadini che partecipino e creino attivamente il contesto urbano come attivisti, associazioni locali, comunità rilevanti nella storia della città» (in termini, L. SARTORI, *Alla ricerca della smart citizenship*, cit., pp. 931-943). Nello stesso senso, L. BUSCEMA, *Smart city e rigenerazione urbana*, cit., 25-26 osserva che: «comunità smart diviene, in quest'ottica, un modello di società che sappia compiutamente soddisfare le rivendicazioni e le istanze provenienti dalla propria collettività di riferimento pur non smarrendo le reali finalità da perseguire; miglioramento della qualità della vita e del benessere dei propri cittadini e sviluppo sostenibile arricchito dalla condivisione di esperienze, da un modello di democrazia partecipativa, dall'apertura al confronto ed al dialogo e dal rafforzamento dei valori di fondo di collettività coese, tali proprio perché compartecipi nella costruzione del proprio futuro. In questo, le nuove tecnologie divengono strumento di progresso e non fine da conseguire, risultando serventi ai bisogni dell'individuo sempre più consapevole del corretto utilizzo delle stesse senza che un loro uso distorto possa pregiudicare interessi davvero superiori, legati alla salute ed alla integrità dell'habitat naturale, con i quali il processo di sviluppo urbano, in un costante percorso di elaborazione critica, dovrebbe costantemente rapportarsi e non prevalere ad ogni costo». La medesima prospettiva pare possa essere colta in T. FAVARO, *Verso la smart city*, cit., p. 87: «La riflessione sulla smart cities quale modello di rigenerazione deve dunque spostarsi su di un diverso piano. L'aspetto che sembra concretamente incidere sugli strumenti di pianificazione e programmazione della rigenerazione è infatti la capacità di incentivare nuove forme di collaborazione della comunità e di tutti quei soggetti che, in un approccio bottom up, consentono lo sviluppo socio-economico e ambientale del territorio. La tecnologia digitale, tradizionalmente associata all'idea del « non-luogo » e dell'isolamento dell'uomo rispetto alla società in cui vive, nella smart city può trasformarsi in strumento di governance distribuita, funzionale alla partecipazione dei soggetti che insistono sul territorio. In tal senso, la smart city è in primo luogo una smart community e le tecnologie sono volte anzitutto a favorire il coinvolgimento diretto dei cittadini nelle politiche urbane». V. altresì G. URBANO, *Le "Città intelligenti" alla luce del principio di sussidiarietà*, in *Ist. Fed.*, 2019, 2, 471-472: «La partecipazione rappresenta, quindi, la chiave di lettura delle Città "intelligenti", in cui i cittadini sono elemento essenziale, destinatari e vero motore del loro funzionamento. Ed è in questo senso che va interpretato l'accostamento dell'aggettivo "intelligente" alla Città come la dimensione governativa più attenta e incentrata sulle reali esigenze di vita manifestate dai cittadini e dalle comunità di riferimento. (...) L'intelligenza che connota la Città e che contraddistingue anche la comunità significa, in altri termini, partecipazione in chiave sussidiaria. Da questa prospettiva, la smart city "all'italiana", ossia la Città intelligente non si concentra tanto (e solo), secondo le intenzioni del legislatore, sulla promozione dell'utilizzo di nuove tecnologie come mezzo per migliorare la qualità di vita dei cittadini e il benessere di una comunità, ma si costruisce per lo più sulla promozione degli istituti di partecipazione come fine per avvicinare i

offrire risposta alla emersione di nuovi bisogni sociali, il Comune favorisce il coinvolgimento diretto dell'utente finale di un servizio nel suo processo di progettazione, infrastrutturazione ed erogazione. La produzione di servizi collaborativi viene promossa per attivare processi generativi di beni comuni materiali, immateriali e digitali» (co. 2).

Occorre sinteticamente chiarire che per *sharing economy* si suole intendere un nuovo modello economico basato sulla condivisione “tra pari” (*peer-to-peer*) di risorse materiali e immateriali, solitamente con l’intermediazione di una piattaforma digitale¹¹⁹; pur potendosene dare, approssimativamente, una definizione unica, al suo interno convergono una molteplicità di pratiche eterogenee: talune, le più note, maggiormente orientate al mercato (ad es. UBER, Airbnb) e per le quali è persino dubbio possa parlarsi di *sharing economy*¹²⁰, altre sviluppatesi sulla base di approcci non commerciali e caratterizzate da un prevalente con-

cittadini e consentire loro di comunicare direttamente all'amministrazione le reali necessità ed esigenze come elementi indispensabili dei suoi processi decisionali. In altri termini, l'uso degli strumenti tecnologici diviene il mezzo per semplificare il dialogo tra amministrazione e cittadini, ma è la partecipazione ad essere il fine che la stessa deve realizzare».

¹¹⁹La Commissione UE, nella Comunicazione del 2 giugno 2016, descrive l’ “economia collaborativa” come l’insieme di «*modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l’uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati. L’economia collaborativa coinvolge tre categorie di soggetti: i) i prestatori di servizi che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale (“pari”) sia prestatori di servizi nell’ambito della loro capacità professionale (“prestatori di servizi professionali”); ii) gli utenti di tali servizi; e iii) gli intermediari che mettono in comunicazione – attraverso una piattaforma on line – i prestatori e gli utenti e che agevolano le transazioni tra questi (“piattaforme di collaborazione”). Le transazioni dell’economia collaborativa generalmente non comportano un trasferimento di proprietà e possono essere effettuate a scopo di lucro o senza scopo di lucro» (reperibile in ec.europa.eu/index_it.htm).*

¹²⁰Sono state, infatti, proposte definizioni ulteriori, come: «*pseudo-sharing*» (R. BELK, *Sharing versus pseudo-sharing in Web 2.0*, in *The Anthropologist*, 2014, 18, 7 ss.), «*gig economy*» (M. DOTI, *Gig-economy. L’altra faccia della sharing*, in *Vita*, 2016, 11, 54 ss.), ecc.

notato sociale¹²¹, in cui «*lo scambio di beni e servizi è mediato da un'identificazione collettiva rispetto a un "noi"*»¹²².

Le seconde sono state efficacemente descritte dal Comitato europeo delle Regioni, nel parere *La dimensione locale e regionale dell'economia della condivisione* del 3 e 4 dicembre 2015, laddove si legge che: «*in molti casi, il soggetto dell'economia della condivisione è una persona desiderosa di agire prendendosi cura di, gestendo, generando o rigenerando una risorsa comune, in libero accesso, materiale o immateriale, senza l'intermediazione di un fornitore pubblico o privato, su piccola scala e ad un livello "tra pari", interpersonale. Nell'EdC, quindi, il soggetto non è un semplice soggetto economico, ma può invece essere un soggetto sociale, individuale o civico per il quale le tradizionali motivazioni economiche sono secondarie o inesistenti. Alcuni ambiti dell'EdC non sono necessariamente "economie" in senso stretto, bensì comunità e reti sociali collaborative che generano nuove iniziative economiche e svolgono una funzione in relazione ad attività economiche esistenti*».

E allora, se – come è stato affermato – il principio di sussidiarietà «*va riferito ai fenomeni tipici della cittadinanza societaria, laddove si evidenziano attività di interesse generale a cura di soggetti, utenti e agenti al medesimo tempo, operanti nella propria comu-*

¹²¹Secondo la classificazione operata da un parte della dottrina (C. IAIONE, *Le politiche pubbliche, cit.*, p. 37 ss.) e dal Comitato europeo delle Regioni nel parere *La dimensione locale e regionale dell'economia della condivisione* del 3 e 4 dicembre 2015, occorre distinguere quattro forme di economia della condivisione:

1. l'economia della condivisione in senso stretto, o "economia su richiesta" (*on-demand economy*), che si articola, a sua volta, in:

- "economia dell'accesso": comprende le iniziative dell'economia della condivisione il cui modello imprenditoriale implica che lo scambio di beni e servizi avviene sulla base dell'accesso anziché della proprietà. Questo tipo di iniziativa si riferisce al noleggio temporaneo di oggetti piuttosto che alla loro vendita/acquisto permanente;

- "gig economy" (*gig*= singola prestazione lavorativa attivata su richiesta tramite piattaforme online o applicazioni di cellulari, smartphone, ecc.) comprende le iniziative dell'economia della condivisione basate su prestazioni lavorative aleatorie che vengono negoziate in un mercato digitale.

2. La *pooling economy* ("economia della messa in comune"), che comprende:

- "economia collaborativa", ovvero le iniziative dell'economia della condivisione che promuovono un approccio *peer to peer* (tra pari) e/o coinvolgono gli utilizzatori nella concezione del processo produttivo oppure trasformano i clienti in una comunità;

- "commoning economy" ("economia dei beni comuni"), ossia le iniziative dell'economia della condivisione a proprietà o gestione collettiva.

¹²²I. PAIS, *Nuove comunità tra economia e società*, in C. Iaione, G. Arena (a cura di), *L'età della condivisione. La collaborazione fra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, Roma, Carocci, 2015, 86.

nità di base»¹²³, ne risultano evidenti i profili di assonanza con le molteplici manifestazioni della *sharing economy* a carattere sociale.

Se ne illustreranno, senza alcuna pretesa di esaustività, alcuni esempi, per provare a dimostrare quanto questo nuovo modello socio-economico possa concorrere alla realizzazione dei diritti sociali¹²⁴ e al superamento delle disuguaglianze in contesti territoriali “svantaggiati” come le periferie urbane.

La dimensione “sociale” della *sharing economy* può essere nitidamente colta nell’esperienza delle *social streets*, una realtà di origine tutta italiana, sorta su iniziativa dei residenti di Via Fondazza a Bologna nel settembre 2013; segnatamente, si tratta di un gruppo informale costituito dai vicini della propria strada di residenza che, coordinandosi su un gruppo Facebook, condivide necessità, si scambia professionalità e conoscenze e porta avanti progetti di interesse comune¹²⁵.

A tal proposito, si è parlato di un modello di *sharing economy* che «*tende a creare una rete permanente di sostegno alle persone facendo leva sulla riattivazione e sul rafforzamento dei legami sociali all’interno di una collettività. Si tratta di un modello fortemente inclusivo, sia sotto il profilo della risocializzazione dei bisogni (domanda) che dell’integrazione delle risorse presenti nel contesto comunitario di riferimento (offerta), orientato a disegnare*

¹²³Cons. Stato, Sez. consultiva Atti normativi, parere 3 settembre 2003 n. 1440, in *Giur. It.*, 2004, 718.

¹²⁴Q. CAMERLENGO, L. RAMPÀ, *I diritti sociali tra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 1, 80 rinviene nel principio di sussidiarietà «*un principio che legittima l’azione diretta di soggetti estranei all’apparato pubblico nella erogazione di servizi e prestazioni per l’esercizio effettivo dei diritti sociali (Rescigno 2002, 5 ss.; Pace 2003, 149 ss.)*»; invero, «*il monopolio pubblico in materia di diritti sociali è stato messo in discussione, pur restando fermo che, come ha reiteratamente affermato la Corte costituzionale, il pubblico non può mai rinunciare del tutto a rivestire un ruolo attivo nella gestione di tali attività. In termini più generali, è stato osservato che il nesso che avvince i diritti sociali alla sfera pubblica non è immanente, in quanto «si lega alla forma storica concretamente assunta dalle modalità di soddisfacimento di quei diritti» (Luciani 1994, 98). E, dunque, «ciò che appare determinante ai fini della concreta realizzazione dei diritti sociali è il risultato, non invece la natura pubblica o privata dei soggetti che prestano il servizio» (Azzariti 1994, 30)*». Commentando il pensiero di Giorgio Pastori, E. CODINI, *La tutela dei diritti sociali al di là del servizio pubblico*, in *Amministrare*, 2018, 2, 251 rileva che: «*egli ravvisa come essenziale per lo Stato sociale, prima ancora del riferimento pure irrinunciabile ai servizi pubblici, «l’esigenza di una valorizzazione [della capacità] dei singoli e delle formazioni [sociali]» di rispondere ai bisogni cui corrispondono i diritti sociali (...)*».

¹²⁵V. www.socialstreet.it.

una sorta di “community welfare” che vede come protagoniste persone, famiglie, gruppi informali, gruppi organizzati e istituzioni¹²⁶.

Ed infatti, il paradigma della condivisione o, meglio, della collaborazione conosce peculiari forme di applicazione anche nel settore del welfare¹²⁷. Il cd. welfare “collaborativo” o “partecipato”¹²⁸ è volto a fornire risposta a bisogni condivisi di persone che vivono condizioni analoghe attraverso forme di mutuo aiuto (tra “pari”); come è stato detto, un welfare che «fa leva sulle risorse delle famiglie e delle comunità – economiche, di tempo, di cura, di competenza – e le mette in dialogo tra loro, producendo qualcosa più della somma dei singoli addendi»¹²⁹. Molteplici sono gli esempi possibili: la badante di condominio, la baby sitter condivisa, le biblioteche con iniziative aggregative e sociali, il co-housing¹³⁰. Si tratta di esperienze che talvolta hanno tratto origine dalla mobilitazione dei cittadini, in altre sono

¹²⁶S. BOLOGNINI, D. ROSETTO, *La cocreazione quale incipit alla declinazione attuativa di iniziative di sharing economy in ambito welfare*, in E. Polizzi, M. Bassoli (a cura di), *Le politiche*, cit., p. 257.

¹²⁷S. BOLOGNI, D. BOSETTO, *op. cit.*, p. 257 evidenzia come il modello della *sharing economy* possa promuovere «l'affermazione di un nuovo paradigma per i servizi di welfare in grado di intercettare bisogni sociali che nel paradigma consolidato non trovano adeguata risposta valorizzando nel contempo, nella prospettiva della condivisione, risorse non utilizzate o sotto utilizzate all'interno del sistema attuale di progettazione, creazione ed erogazione dei servizi (...). Il modello della *sharing economy*, che vive dell'interconnessione e dello scambio orizzontale resi possibili dalle piattaforme tecnologiche, ha innescato quei meccanismi di aggregazione e di socializzazione che hanno posto le basi per una nuova valorizzazione dei legami sociali e di fiducia caratterizzanti una rete comunitaria in cui i cittadini non si configurano più come fruitori passivi dei servizi, bensì come attori dell'intero processo di intercettazione dei bisogni, del singolo o della comunità, e di creazione delle risposte, dall'ideazione-progettazione alla produzione dei servizi, generando con ciò un portato costante di innovazione. La progettazione diviene quindi co-progettazione e la produzione co-produzione, all'interno di una cornice partenariale pubblica-privata e privato-sociale. Di fronte a questo fenomeno spontaneo e bottom-up si prefigura anche la possibilità di un nuovo modello di governance del sistema del welfare: una governance che, assumendo la prospettiva della condivisione ed i valori ad essa sottesi, agisca coerentemente secondo una logica di co-creazione e co-produzione dei servizi, in chiave integrativa e innovativa dell'offerta sia in rapporto alla differenziazione multi-livellare dei servizi, sia in rapporto alla trasversalità delle risorse fornite».

¹²⁸G. FOSTI, *Sharing welfare*, in E. Polizzi, M. Bassoli (a cura di), *Le politiche della condivisione*, cit., p. 87 ss. individua le differenze fondamentali tra welfare tradizionale e logiche di *sharing*: 1. il perimetro degli interventi realizzabili; 2. il ruolo del gestore; 3. la progettazione dei servizi; 4. l'orientamento verso i volumi offerti; 5. il ruolo della tecnologia; 6. la selezione degli utenti; 7. il controllo; 8. le condizioni di economicità; 9. la legittimità ad operare. L'A. individua le aree di bisogno che possono beneficiare di un approccio *sharing*, ovvero: l'area della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro; il supporto alle famiglie con persone anziane; i bisogni legati all'abitare.

¹²⁹S. PASQUINELLI (a cura di), *Il welfare collaborativo. Ricerche e pratiche di aiuto condiviso*, 2017, 9 (reperibile in <http://www.qualificare.info/>).

¹³⁰S. PASQUINELLI (a cura di), *op. cit.*

promosse dai soggetti del Terzo settore, anche in collaborazione con le Istituzioni locali.

Per giunta, se anche si volesse sostenere che uno degli elementi indefettabili del nuovo modello socio-economico sia integrato dall'intermediazione delle piattaforme digitali, avanzando dubbi sulla riconducibilità alla *sharing economy* di tutte quelle esperienze che da queste ultime prescindano, il *welfare* potrebbe comunque rappresentare il futuro terreno di nascita e proliferazione per piattaforme operanti secondo i meccanismi tipici della *sharing economy*, come quelle, già esistenti, che fanno incontrare domanda e offerta privata di servizi domiciliari (trasporto, pasti a domicilio, badante, *baby sitter*, piccole manutenzioni, traslochi, assistenza familiare condivisa)¹³¹.

Sicché, come è stato detto, non solo il «*welfare oggi può utilmente adottare la logica della condivisione e della collaborazione come "humus etico-culturale ed economico-organizzativo"*», ma, al contempo, può anche «*indurre la sharing economy a rappresentare un'opportunità di inclusione e benessere, soprattutto per i gruppi a basso reddito*»¹³².

Per rendere una concreta idea, si pensi alla piattaforma *Wapps – Welfare App for self sufficiency* creata per favorire la condivisione di spazio e tempo tra giovani con età compresa tra i 18-25 anni e la popolazione over 65, non solo per scopi di socializzazione, ma anche mutualistici e di reciproco aiuto.

Tra le pratiche di *sharing* suscettibili di concorrere al soddisfacimento di bisogni collettivi, può annoverarsi anche il *crowdfunding*, grazie al quale più soggetti (persone, imprese, enti non profit, associazioni...) alla ricerca delle risorse finanziarie necessarie per sviluppare un progetto, un prodotto o avviare un'impresa, vengono messe in contatto con un'ampia platea di potenziali finanziatori per mezzo di piattaforme specializzate con funzione di intermediazione (es. *Kirckstarter*; *IndieGoGo*)¹³³. Nel nostro caso, a venire specificamente in ri-

¹³¹S. PASQUINELLI (a cura di), *op. cit.*

¹³²D. ARCIDIACONO, *Quale welfare al tempo della sharing economy?*, in *Animazione sociale*, 2017, 8, 23.

¹³³In letteratura v. A. STIVER, L. BARROCA, S. MINOCHA, M. RICHARDS, D. ROBERTS, *Civic crowdfunding research: challenges, opportunities, and future agenda*, in *New media and society*, 2014, 17, 249 ss; I. PAIS, P. PERETTI, C. SPINELLI, *Crowdfunding: la via collaborativa all'imprenditorialità*,

lievo è il *crowdfunding* civico, che si caratterizza per il peculiare orientamento del progetto sostenuto, ovvero il finanziamento di opere e progetti di interesse generale da parte di cittadini, organizzazioni e società private, talvolta con il cofinanziamento delle amministrazioni¹³⁴.

Tra le prime iniziative di tal segno vi è la sperimentazione del Comune di Milano, che, con la pubblicazione di appositi bandi, ha sollecitato la cittadinanza a presentare progetti su tematiche di interesse pubblico, per poi pubblicarli su una piattaforma di *crowdfunding* e cofinanziare quelli avessero raggiunto il 50% di finanziamento con la raccolta tra i cittadini¹³⁵, a dimostrazione di quanto le amministrazioni locali possano rivestire un ruolo determinante nell'implementazione delle pratiche di *sharing* più orientate al sociale.

Emblematica è, infatti, proprio l'esperienza milanese, in cui il Comune, perseguendo il dichiarato intento di rendere Milano una *sharing city*¹³⁶, ha investito considerevoli risorse a sostegno dei gestori degli spazi di *coworking* e dei luoghi di condivisione della manifattura digitale (*FabLabs*; *maker-spaces*), promosso il *crowdfunding* per progetti di tipo sociale e di interesse pubblico, sviluppato una piattaforma di progettazione (“*Open Care*”) per servizi di assistenza *community-driven* in ambito socio-sanitario, istituito un albo delle *social streets* abilitate a interagire con il Comune per ottenere servizi, spazi e opportunità di collaborazione, nonché, nel campo delle politiche sociali, promosso la fruizione

Milano, Egea, 2014.

¹³⁴A. BAROLLO, D. CASTRATARO, *Il crowdfunding civico: una proposta*, in <https://issuu.com/alessiobarollo/docs/civic-crowdfunding> Per un approfondimento v. A. TAFURO, G. DAMMACCO, *Il civic crowdfunding: potenzialità e limiti per la sua diffusione in Italia*, in *Azienda Italia*, 2015, Vol. 28, 1, 63 ss.; gli A. evidenziano che il fenomeno presenta il pregio di determinare un rafforzamento dei processi comunicativi tra cittadini e istituzioni, favorendo l'interazione tra più soggetti nell'ambito dei processi decisionali pubblici; sul tema v. anche il rilevante contributo di R. DAVIES, *Civic crowdfunding: participatory communities, entrepreneurs and the political economy of place*, consultabile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2434615, nonché, N. COLASANTI, R. FRONDIZI, M. MENEGUZZO, P. SANTINI, *Esperienze di civic crowdfunding in Italia e in Europa: un modello di classificazione e di benchlearning*, in *Azienda pubblica*, 2016, 1, 59 ss.

¹³⁵La proposta di Milano si pone nel solco tracciato dal comune di Parigi, che ha consultato più di 4.000 cittadini per scegliere come allocare 20 milioni di euro tra 15 progetti orientati a migliorare la qualità della vita nella capitale francese (v. I.PAIS, *Nuove comunità*, cit., p. 95).

¹³⁶M. BERNARDI, D. DIAMANTINI, *I modelli di governance della sharing economy. Due casi a confronto: Milano Sharing City e Sharing City Seoul*, in E. Polizzi, M. Bassoli (a cura di), *Le politiche della condivisione*, cit., 112 ss.

condivisa di alcuni servizi di *welfare* (ad es. i servizi di badantato condiviso a livello condominiale).

Si è visto come le piattaforme tecnologiche possano assurgere a fattore abilitante di non scarso rilievo per lo sviluppo delle pratiche di *sharing economy*; nondimeno, ai fini del discorso che si sta conducendo, non si può trascurare la rilevanza di quelle piattaforme digitali, sovente definite “partecipative”, volte a favorire la “[co-produzione di] idee orientate al miglioramento della qualità urbana”¹³⁷

Esempi emblematici possono essere rintracciati nel contesto europeo. Si pensi alla piattaforma Carticepe «utilizzata a fini di pianificazione in varie città della Francia come Lille, Grenoble e Avignone e finalizzata alla co-produzione di idee e proposte nell'ambito di spazi pubblici aperti, volte allo sviluppo della mobilità sostenibile e piste ciclabili, o, più in generale mirate ad efficientare la fornitura dei servizi pubblici e l'allocazione delle attività commerciali»; o, ancora, alla piattaforma decidem.Barcelona, in cui «l'oggetto della partecipazione (...) riguarda in primo luogo processi partecipativi autonomi, ma anche iniziative di bilancio e infine progetti di iniziativa politica»¹³⁸.

Tornando al versante nazionale, può osservarsi come, benché sia crescente il numero dei Comuni¹³⁹ inclini a valorizzare l'apporto collaborativo dei privati - seppure con modalità e intensità diverse e talvolta anche aprendo il

¹³⁷T. FAVARO, *Verso la smart city*, cit. distingue: «le applicazioni finalizzate alla semplice riqualificazione di beni o aree specifiche, che dunque incidono su scala ridotta, e quelle volte invece alla rigenerazione dell'intero territorio di riferimento, sottintendendo dunque una visione di pianificazione generale. In quest'ultimo modello, i cittadini co-producono idee orientate al miglioramento della qualità urbana, avanzando ad esempio proposte in materia di mobilità pedonale e ciclabile, di riuso del patrimonio immobiliare, di riapertura di spazi e luoghi pubblici abbandonati, o ancora di riconversione di siti industriali dismessi». Sull'argomento v., in generale, C. IAIONE, *La città come bene comune*, in *Aedon*, 2013, 1.

¹³⁸A. PICONESI, *Partecipazione e piattaforme digitali: i casi decidem.Barcelona e Milano Partecipa*, in S. Dominelli, G. L. Greco (a cura di), *I mercati dei servizi fra regolazione e governance*, Torino, Giappichelli, 2019, 78.

¹³⁹V., sul punto, l'analisi di S. PROFETI, V. TARDITI, *Le pratiche collaborative per la co-produzione di beni e servizi: quale ruolo per gli Enti locali?*, in *Ist. Fed.*, 2019, 4, 871 ss., nonché la classificazione proposta da C. IAIONE, *L'azione collettiva urbana*, in P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La co-città*, Napoli, Jovene, 2018, 26, che individua otto modelli di regolazione locale: i regolamenti adottati sulla base delle disposizioni normative sul baratto amministrativo, il modello dei regolamenti sui patti di collaborazione, gli usi civici urbani di Napoli, il regolamento sugli accordi di cittadinanza di Reggio Emilia, il modello immobiliare seguito da Milano, il modello degli affidamenti sociali di spazi seguito a Roma, il modello degli affidamenti di spazi verdi e orti urbani, il modello, ancora poco diffuso, dei servizi urbani, praticato a Messina e Capri.

varco a un nuovo modo di intendere l'amministrazione - le politiche pubbliche locali non siano ancora consolidate in tal senso. Eppure, a livello europeo nonché, come più in seguito si vedrà, a livello costituzionale, molteplici parametri convergono verso la necessità di implementare siffatte strategie di azione.

Prima di procedere all'esame dei referenti costituzionali ed europei, non si può fare a meno di rilevare come la «*governance sussidiaria*»¹⁴⁰ non sia immune da rischi, potendo ingenerare problematiche giuridiche di non poco momento.

In primis, emerge il pericolo, già paventato in dottrina, che «*esperienze di tipo comunitario*» come quelle innanzi descritte sviluppino una «*capacità discriminatoria*» suscettibile di pregiudicarne le benefiche implicazioni per la democrazia e il pluralismo sociale, atteso che «*favorire alcune esperienze, per quanto protese ad assicurare interessi collettivi, impone delle scelte di privilegio che possono avvantaggiare alcune categorie di cittadini ed escluderne altre sotto il profilo culturale e sociale*»¹⁴¹.

D'altro canto, come è stato osservato, una delle questioni poste dalle varie forme di gestione condivisa dei beni comuni urbani attiene alla capacità di «*rappresentanza*» dei gruppi spontanei, che «*sfugge alle forme tradizionali di legitti-*

¹⁴⁰G. MORO, *Governance sussidiaria, un esperimento sul campo*, in P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *op. cit.*, p. 9: «*intendendo con tale espressione una modalità di governo nella quale i cittadini svolgono attività di interesse generale in modo autonomo, ma senza togliere alle istituzioni pubbliche né il dovere di mettersi in relazione con esse, né alcuna delle responsabilità che esse hanno, tra le quali vi è anche quella di "favorire" tali attività*».

¹⁴¹E. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale, cit.* In tal senso, anche D. DONATI, *Le città collaborative: forme, garanzie e limiti delle relazioni orizzontali*, in *Ist. Fed.*, 2019, 4, 961, secondo cui: «*Il tutto diventa più critico quando si sia davanti a forme associative anche non provvisorie od occasionali. Infatti, se pur ben intenzionate, queste rischiano di «farsi popolo» esse stesse, tradendo la promessa di una più diretta relazione dei cittadini con le istituzioni, di fatto trasformandosi in nuove e poco presidiate rappresentanze, in intermediari privi delle prescrizioni interne (il "metodo democratico") che la Costituzione agli artt. 39 e 49 detta per partiti e sindacati. In altre parole, com'è stato osservato, il rischio è quello che la partecipazione si traduca in scelte che, assecondando le preferenze dei presenti e degli attivi, si dimentichino degli altri, di coloro che non vogliono, non possono o non sanno essere presenti nelle sedi del confronto*». Anche G. MICCIARELLI, *Introduzione all'uso civico e collettivo urbano. La gestione diretta dei beni comuni urbani*, in *Munus*, 2017, 1, 139 osserva che: «*si deve provare a costruire sistemi di governance capaci di incanalare le ineludibili parzialità di cui si compone l'attivismo civico in percorsi aperti all'eterogeneità - di ceto, classe, etnia, religione, genere, ed età -, così da valorizzare l'elemento insieme procedurale e relazionale che si innesca nei processi partecipativi, che amplia in concreto la sfera dei soggetti che possono prendere parola, controllare e decidere. Chi conosce da vicino queste dinamiche è consapevole che lo sforzo di eterogeneità si arresta quasi inesorabilmente sulla soglia della cittadinanza già mobilitata, producendo quella che spesso si risolve in una chiamata ancora troppo elitaria ad habitué, quando non veri e propri professionisti, della partecipazione*».

ma, ma nello stesso tempo esiste e ha una sua indiscutibile consistenza, anche perché usualmente riconosciuta dagli stessi interlocutori»¹⁴².

Sotto tale profilo, suscitano interesse le osservazioni proposte da parte della dottrina, secondo cui potrebbero persino insorgere situazioni di conflittualità tra formazioni sociali spontanee, il cui attivismo è incentivato dai regolamenti comunali innanzi esaminati, e soggetti strutturati come gli Enti del Terzo settore sopposti ai parametri di legge e agli inevitabili costi che ne conseguono¹⁴³.

Di non secondaria importanza è la necessità di conciliare i fenomeni di cittadinanza attiva con il principio del buon andamento e i suoi corollari di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. Invero, «*il predetto contesto storico, seppur favorevole alle operazioni di partenariato sociale non rappresenta naturalmente una condizione sufficiente per suffragare, sotto il profilo della legittimità e della ragionevolezza, le scelte concrete degli enti locali nella direzione della cogestione dei beni comuni, soprattutto se caratterizzate da profili di onerosità per la pubblica amministrazioni. Tali scelte, infatti, devono porsi nel rispetto dei principi di base dell'azione amministrativa, anche al fine di evitare la produzione di danni erariali e l'esposizione dei funzionari al rischio di azione di responsabilità amministrativa*»¹⁴⁴.

È significativo, d'altra parte, che la giurisprudenza contabile abbia già avuto molteplici occasioni di intervenire al riguardo e che, pur sancendo l'ampia portata del principio di sussidiarietà orizzontale, nonché l'immediata applicabilità dell'art. 118, co. 4 Cost.¹⁴⁵, abbia definito precisi limiti giuscontabili all'ammissibilità della collaborazione tra amministrazioni locali e società civi-

¹⁴²Ed infatti, «è solo il sindaco che ha titolo per parlare a nome e agire per conto dei membri di una comunità locale (...) mentre eventuali altre forme temporanee o puntuali di rappresentanza si devono basare sul numero delle persone coinvolte ed eventualmente sulla copertura territoriale» (in termini, G. MORO, *Governance sussidiaria, un esperimento sul campo*, cit., p. 11).

¹⁴³P. MICHIARA, *Tipicità e autonomia nella regolamentazione della cittadinanza attiva*, in P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La co-città*, cit., p. 141-151.

¹⁴⁴A. M. QUAGLINI, *Valore sociale e buon andamento nella lente della Corte dei Conti*, in P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La co-città*, cit., p. 175.

¹⁴⁵Corte conti, sez. autonomie, 24 novembre 2017, n. 26..

le¹⁴⁶. In virtù di tanto, si è giunti, ad esempio, ad ammettere che i Comuni possano finanziare le attività svolte dai privati in favore della cittadinanza attraverso il sostenimento degli oneri assicurativi per infortunio, malattia e responsabilità civile verso terzi dei volontari¹⁴⁷ o la rinuncia alle entrate che deriverebbero dalla concessione di beni immobili comunali a canoni di mercato¹⁴⁸; si è escluso invece - con un ragionamento estendibile, secondo la dottrina¹⁴⁹, dal baratto amministrativo ai patti di collaborazione¹⁵⁰ - che le agevolazione in termini di riduzioni o esenzioni tributarie¹⁵¹ possano riguardare i debiti tributari pregressi, consentendosi, viceversa, che «*gli enti territoriali possano predeterminare, in sede regolamentare, i casi in cui, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.), sia possibile concordare, con cittadini singoli o associati che ne facciano richiesta, lo svolgimento di attività socialmente utili nella gestione di aree e beni immobili (...), da compensare con la riduzione o l'estinzione di crediti extratributari disponibili*», purché nel rispetto «*delle regole di contabilità pubblica e di salvaguardia dei vincoli e degli equilibri finanziari dell'ente*

¹⁴⁶V. altresì R. DE NICTOLIS, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, in P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La co-città*, cit., p. 68 ss.

¹⁴⁷Corte conti, sez. autonomie, 24 novembre 2017, n. 26 cit.

¹⁴⁸Corte conti, sez. reg. contr. Veneto, 5 ottobre 2012 n. 716: «*Il principio generale di redditività del bene pubblico può essere mitigato o escluso ove venga perseguito un interesse pubblico equivalente o addirittura superiore rispetto a quello che viene perseguito mediante lo sfruttamento economico dei beni (...) la mancata redditività del bene è comunque compensata dalla valorizzazione di un altro bene ugualmente rilevante che trova il suo riconoscimento e fondamento nell'art. 2 della Costituzione*», nondimeno «*la deroga alla regola della determinazione di canoni dei beni pubblici secondo logiche di mercato di cui alla citata norma, appare giustificata solo dall'assenza di scopo di lucro dell'attività concretamente svolta dal soggetto destinatario di tali beni*».

¹⁴⁹A. M. QUAGLINI, *Valore sociale e buon andamento*, cit., p. 182.

¹⁵⁰A. M. QUAGLINI, *Valore sociale e buon andamento*, cit., p. 182 richiama, sul punto, Corte conti, sez. reg. contr. Veneto, 21 giugno 2016, n. 313; Corte conti, sez. reg. contr. Emilia Romagna, 24 marzo 2016, n. 27.

¹⁵¹È significativo, a tal proposito, che, ai sensi dell'art. 11, co. 4 del prototipo di «Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazioni per la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni urbani: «Il Comune, nell'esercizio della potestà regolamentare prevista dall'articolo 52 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, dispone ulteriori esenzioni ed agevolazioni, in materia di entrate e tributi, a favore delle formazioni sociali che svolgono attività nell'ambito dei patti di collaborazione di cui all'articolo 5 del presente regolamento o alle associazioni, consorzi, cooperative, fondazioni di vicinato o comprensorio di cui al presente regolamento, assimilandone il trattamento a quello delle associazioni, delle fondazioni e degli altri enti che non perseguono scopi di lucro».

locale, nonché dei principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione»¹⁵².

I profili controversi cui si è fatto cenno, certamente rilevanti sul piano pratico, non obnubilano, però, le potenzialità della sussidiarietà orizzontale, che parrebbero riconosciute, oltre che – come si vedrà – dall’impianto costituzionale, anche sul versante europeo, laddove vengono in rilievo non solo i moniti delle Istituzioni UE, secondo cui «il ruolo delle pubbliche amministrazioni dovrebbe essere quello di favorire il consolidamento di un “ecosistema istituzionale collaborativo” (...) facilitare e coordinare le diverse iniziative di “economia della condivisione”, valorizzando quelle che rafforzano i processi di partecipazione e collaborazione»¹⁵³, ma altresì i molteplici impulsi a favorire l’innovazione sociale, specie per lo sviluppo delle aree urbane.

Emblematico in tale senso è il *Programma ULA (Urban Innovative Actions)* finanziato a valere sui fondi FESR per il periodo 2014-2020, con cui si è previsto che i progetti presentati dalle pubbliche amministrazioni possano essere finanziati solo se dotati, tra i diversi requisiti, anche dell’innovazione e della partecipazione¹⁵⁴, atteso che – si legge nella presentazione del Programma – «In or-

¹⁵²Corte cont., sez. autonomie, 20 gennaio 2020 n. 2, reperibile in <https://www.corteconti.it/Download?id=d82dd2ed-d16f-46f6-b298-0f2700e90047>

¹⁵³Tale considerazione muove dalla premessa secondo cui «nell’economia della condivisione il soggetto non è un semplice ‘soggetto economico’, ma può essere invece un soggetto sociale, individuale o civico, per il quale le tradizionali motivazioni economiche sono secondarie o inesistenti. Alcuni ambiti dell’economia della condivisione non sono necessariamente economie in senso stretto, bensì comunità e reti sociali collaborative (...)» (In termini, Parere del Comitato delle Regioni *La dimensione locale e regione dell’economia della condivisione* del 3 e 4 dicembre 2015, reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52015IR2698>). In tal senso, si è altresì espresso il Parlamento europeo che, nella recente risoluzione del 15 giugno 2017, ha sottolineato «la necessità di considerare l’economia collaborativa non solo come un insieme di nuovi modelli imprenditoriali che offrono beni e servizi, ma anche come una nuova forma di integrazione tra l’economia e la società in cui i servizi offerti si basano su un’ampia gamma di relazioni in grado di collocare le relazioni economiche all’interno di quelle sociali e di creare nuove forme di comunità e nuovi modelli imprenditoriali». Segnatamente, il Parlamento europeo ha evidenziato la sempre maggiore frequenza con cui le città – in cui condizioni urbane quali la densità della popolazione e la vicinanza fisica costituiscono fattori propulsivi di notevole rilievo - favoriscono l’adozione di pratiche volte a rinsaldare i legami sociali e a favorire la condivisione (Documento consultabile in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0271+0+DOC+XML+V0//IT>).

¹⁵⁴«Innovative: be bold, creative and propose a project that has never been implemented anywhere else in Europe. Demonstrate that your idea is experimental and not part of your normal activities. Participative: involve the key stakeholders that will bring expertise and knowledge to your project, both during the design and

der to design and implement effective and innovative solutions, urban authorities need to involve all the key stakeholders that can bring expertise and knowledge on the specific policy issue to be addressed. These include agencies, organisations, private sector, research institutions, NGOs (...) Bold projects need them als».

Sempre in ambito europeo, viene altresì in rilievo il recente Regolamento UE 2021/1057 istitutivo del Fondo sociale europeo Plus (FSE+), a tenore del quale «*Gli Stati membri sostengono azioni di innovazione sociale e sperimentazione sociale, comprese le azioni con una componente socio-culturale o che consolidano approcci dal basso verso l'alto basati su partenariati che coinvolgono le autorità pubbliche, le parti sociali, le imprese sociali, il settore privato, e la società civile (...)»* (Art. 14 “Azioni sociali innovative”).

E allora, muovendo dall'assunto per cui - secondo la definizione offerta dal Regolamento UE n. 1296/2013 - le innovazioni sociali¹⁵⁵ «*fanno riferimento allo sviluppo e all'attuazione di nuove idee (riguardanti prodotti, servizi e modelli) che rispondono a esigenze sociali e, contemporaneamente, creano nuovi rapporti o collaborazioni sociali, fornendo un beneficio alla società e promuovendo la capacità di agire della stessa»*, affiorano nitidamente i profili di analogia con le pratiche di sussidiarietà orizzontale sopra descritte.

Invero, anche in considerazione di quanto rilevato in letteratura¹⁵⁶, la peculiarità dell'IS risiede nel superamento della logica erogazione-fruizione sottesa al rapporto intercorrente tra soggetto pubblico e cittadino, in quanto la risposta ai bisogni sociali viene offerta da nuovi prodotti e servizi di pubblica

the implementation phase of a project».

¹⁵⁵J. HOWALDT, M. SCHWARZ, *Social Innovation: Concepts, Research Fields and International Trends*, Dortmund, Sozialforschungsstelle Dortmund, 2010; G. MULGAN, S. TUCKER, R. ALI, B. SANDERS, *Social Innovation. What it is, why it matters and how it can be accelerated*, *The Young Foundation Working Paper*, The Young Foundation, 2007; R. MURRAY, J. CAULIER-GRICE, G. MULGAN, *The Open Book of Social Innovation*, The Young Foundation, 2010; S. VICARI HADDOCK, F. MOULAERT (a cura di), *Rigenerare la città. Pratiche di innovazione sociale nelle città europee*, Bologna, 2009; S. ZAMAGNI, *L'innovazione Sociale*, 2015 in <http://www.cattolicanews.it/news-dalle-sedi-zamagni-l-innovazione-sociale>, Piacenza; G. MULGAN, *Social innovation*, Milano, Egea, 2013.

¹⁵⁶Per l'analisi del panorama definitorio e dell'evoluzione storica del fenomeno, si rinvia a M. BUSACCA, *Oltre la retorica della social innovation*, in rivistaimpresasociale.it, 2013, 2.

utilità progettati grazie a «*forme di collaborazione e partecipazione attiva da parte dei cittadini*»¹⁵⁷, con il conseguente effetto di «*riportare l'uomo, la donna e i loro gruppi sociali all'interno del discorso sullo sviluppo*»¹⁵⁸, riaffermando la centralità della persona come soggetto artefice di un processo innovativo che si dipana in una dimensione “relazionale”.

Ebbene, alla luce di questo, può senza dubbio ritenersi che le periferie urbane - quali luoghi in cui la “cittadinanza attiva” può assurgere a «*fattore di resilienza del territorio*»¹⁵⁹, nonché ad antidoto per il disagio sociale che le connota - rappresentino uno dei migliori terreni di sperimentazione delle pratiche di innovazione sociale¹⁶⁰, specie se si considera che quest'ultima, caratterizzata da una sorta di neutralità rispetto allo Stato e rispetto al mercato¹⁶¹, soddisfa bisogni sociali non risolti dai tradizionali interventi dei soggetti pubblici e privati¹⁶², proprio come accade nelle periferie urbane.

5. Considerazioni conclusive

Come innanzi anticipato, le politiche pubbliche tese a valorizzare l'attivismo civico e i legami di comunità trovano fondamento normativo non solo nell'art. 118 co. 4 Cost. e nel quadro normativo europeo – laddove, lo si è visto, i richiami sono molteplici tanto per le periferie urbane quanto per le aree interne – ma altresì nel principio solidaristico e pluralistico di cui all'art. 2 Cost., in

¹⁵⁷R. MAIOLINI, *Lo stato dell'arte della letteratura sull'innovazione sociale*, in M. G. Caroli (a cura di), *Modelli ed esperienze di innovazione sociale in Italia. Secondo rapporto sull'innovazione sociale*, Milano, 2015, 24.

¹⁵⁸M. BUSACCA, *Oltre la retorica della social innovation*, cit.

¹⁵⁹L. FERRARA, F. ROTA, *I cittadini attivi come fattore di resilienza dei territori*, 5 maggio 2015 <https://www.labsus.org/2015/05/cittadini-attivi-come-fattore-di-resilienza-dei-territori/>

¹⁶⁰V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Interventi sul territorio extraurbano. Ecomusei, paesaggi, periferie*, in *giustamm.it*, 2019, 11.

¹⁶¹Nondimeno, si è osservato che anche l'impresa impegnata a favore dello sviluppo sostenibile può produrre innovazione sociale (M. G. CAROLI, *Sostenibilità della grande impresa e innovazione sociale*, in ID. (a cura di), *L'innovazione delle imprese leader per creare innovazione sociale. Terzo rapporto CERIS sull'innovazione sociale*, Milano, Franco Angeli, 2016, 23 ss.). In ordine alle modalità con cui l'innovazione sociale viene sviluppata dalla grande impresa v. E. FRACASSI, *Come la grande impresa crea innovazione sociale*, in M. G. Caroli (a cura di), *op. cit.*, p. 69 ss.

¹⁶²R. MAIOLINI, *Lo stato dell'arte della letteratura sull'innovazione sociale*, cit., p. 27.

quello di uguaglianza sostanziale *ex art. 3 comma 2 Cost.*, nonché nell'art. 4 comma 2 Cost.

Tralasciando l'articolato dibattuto dottrinario sorto con riferimento alla portata dell'art. 2¹⁶³, occorre quantomeno porre in luce come, ai fini del discorso che si sta conducendo, del principio solidaristico¹⁶⁴ debba essere considerata la dimensione orizzontale, ovvero quella che si traduce in un «*moto doveroso e cooperante da parte dei cittadini nell'adempimento delle loro varie solidarietà*»¹⁶⁵.

Segnatamente, la connessione con il principio solidaristico così inteso risulta evidente se solo si considera che, nell'interpretazione offerta da autorevole dottrina, detta norma «*implica il passaggio da una concezione liberale-individualistica della cittadinanza (...) ad una visione sociale e civico-repubblicana, nel cui ambito l'appartenenza alla comunità postula l'esercizio della libertà e dell'autonomia in vista (anche) della*

¹⁶³*Ex multis*, A. BARBERA, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, 113 ss.; C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sulla garanzia dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, AA.VV., *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, Giuffrè, 1978, 1574; U. DE SIERVO, *Il pluralismo sociale nella Costituzione repubblicana ad oggi*, in AA.VV. *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, Vita e Pensiero, 1980, 72; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, CEDAM, 1989, 188 ss.; L. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, CEDAM, 2003, 14 ss.; M. DOGLIANI, I. M. PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, 161, secondo cui «*la nostra Costituzione, positivizzando il principio pluralistico, segna dunque una forte discontinuità rispetto all'impostazione meramente individualistica propria delle costituzioni liberali ottocentesche (...). Nella consapevolezza che l'uomo è il risultato delle relazioni che instaura con i suoi simili, la Costituzione ha preso atto che solo in queste relazioni e attraverso queste relazioni, esso è in grado di partecipare alla vita attiva dello Stato (...). Il principio pluralista non si limita tuttavia a tutelare i diritti dell'individuo in quanto parte di una formazione sociale (...) ma tutela altresì – ed è questo il suo significato proprio – i diritti della formazione sociale in quanto tale: in questo senso il principio pluralista è espressione del principio della tutela dei fondamenti culturali extra-statali dello Stato*».

¹⁶⁴S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Liber amicorum in onore di V. Frosini*, Milano, Giuffrè, 1999, 107 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002; ID., *I doveri di solidarietà sociale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, Giappichelli, 2006, 3 ss.; B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, Giuffrè, 2005; F. RETUS, *Il principio di solidarietà*, in L. Mezzetti (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2011, 819 ss.; A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, Giuffrè, 2012; F. POLACCHINI, *Il principio di solidarietà*, in L. Mezzetti (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, Giappichelli, 2013, 227 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

¹⁶⁵S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 10 ss. L'A. distingue poi la solidarietà "verticale", ovvero quella che si manifesta nei rapporti tra Stato e cittadini, in funzione dell'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 comma 2 Cost. In merito al rapporto tra solidarietà e uguaglianza, v. P. PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, ESI, 1972, 164.

realizzazione dei valori sociali condivisi e fissati dalla Costituzione, per il perseguimento dei quali i cittadini hanno il dovere di attivarsi»¹⁶⁶. Sicché, il sostrato solidaristico delle attività promosse dai cittadini - come singoli o come associati - nell'interesse generale, è di per sé idoneo a spiegare la doverosa azione di sostegno che l'art. 118 comma 4 Cost. impone al soggetto pubblico, soprattutto se si ritiene che ai doveri di solidarietà sociale afferisca anche quello di collaborare con l'amministrazione pubblica per la soluzione di problemi involgenti l'intera comunità¹⁶⁷.

Com'è intuibile, la rilevanza dell'art. 2 emerge anche in quanto fondamento costituzionale del principio pluralista.

Invero, è lampante che le manifestazioni della sussidiarietà orizzontale innanzi esaminate concorrano ad abilitare relazioni interpersonali capaci di fondare quelle formazioni sociali in cui, ai sensi dell'art. 2 Cost., si sviluppa la personalità umana¹⁶⁸.

D'altronde, se si accoglie l'idea che sia impossibile costruire un'accezione unitaria e statica del concetto "formazioni sociali", in quanto «è il contesto che governa l'ambito del concetto»¹⁶⁹, non v'è dubbio che debbano rientrarvi anche realtà di recente emersione come quelle di cui si sta discutendo.

Il pluralismo sociale sotteso alle esperienze sin qui esaminate ne fa affiorare anche l'intima connessione con il principio di uguaglianza sostanziale¹⁷⁰.

¹⁶⁶F. GIUFFRÈ, *La solidarietà*, cit., p. 215.

¹⁶⁷G. ARENA, *Cittadini attivi*, cit., p. 45.

¹⁶⁸Secondo G. PALMA, *Le potenzialità dell'azione giuridica comunale nello sviluppo prospettico della normativa costituzionale sulle formazioni sociali*, in *federalismi.it*, 7 novembre 2018: «è indubbio che la collettività di un Comune debba essere configurata come una formazione sociale».

¹⁶⁹M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Politica del diritto*, 1975, 581.

¹⁷⁰V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 47 ss.; C. ROSSANO, *L'uguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, Jovene, 1966; M. AINIS, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giur. Cost.*, 1992, 603; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Il Foro it.*, 1996, 1965; G. U. RESCIGNO, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Principio di uguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*. Atti del XIII convegno annuale AIC Trieste 17-18 dicembre 1998, Padova, 1999; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti di uguaglianza materiale*, Napoli, Jovene, 1999; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, CEDAM, 2002; S. LABRIOLA, *Il principio di uguaglianza materiale (art. 3 comma 2 Cost.)* in ID. (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, Vol. I.2, Bari-Roma, Laterza, 2006, 777; M. MONTALDI, *L'uguaglianza come valore e nelle sue declinazioni normative*, in *Pol. Dir.*, 2009, 103.

Ed infatti, se si accetta che - come è stato sostenuto¹⁷¹ - la realizzazione del pluralismo sociale contribuisce a sviluppare la società nel suo complesso e le consente la realizzazione delle finalità che, a partire dall'art. 3, comma 2, la Costituzione le assegna, siffatta correlazione risulta quanto mai evidente nella pratiche di sussidiarietà orizzontale innanzi illustrate.

Queste ultime, infatti, oltre a costituire un'occasione per il perseguimento e la realizzazione dell'interesse generale di cui all'art. 118, comma 4 Cost., asurgono ad occasione di crescita e sviluppo per i soggetti che, condividendo risorse materiali e immateriali, superano gli ostacoli di ordine economico e sociale allo sviluppo della personalità stigmatizzati dalla Carta Costituzionale e giungono a conseguire risultati non realizzabili individualmente.

Al contempo, posto che l'art. 3 comma 2 Cost. ascrive ai pubblici poteri l'onere di creare le condizioni per il pieno sviluppo della persona, è evidente quanto l'applicazione, da parte di questi ultimi, del principio di sussidiarietà orizzontale possa ampliare la gamma degli strumenti capaci di realizzare la missione loro affidata dall'art. 3 comma 2 ; di tal che - come è stato detto - «*l'interesse generale diventa il ponte che unisce l'art. 3 comma 2 e l'art 118 u.c., i soggetti pubblici ed i cittadini*»¹⁷².

In definitiva, la sussidiarietà orizzontale, da cui si è tratto le mosse, presenta inevitabili connessioni con tutti i principi in parola, che, potendo elevarla a «*spirito ordinamentale*»¹⁷³, inducono a sostenere, con convinzione ancor maggiore, la necessità di politiche pubbliche tese a valorizzare il capitale sociale.

A tale esito si perviene anche in ragione del dovere di concorrere al “progresso materiale e spirituale” della società, che l'art 4 comma 2 Cost. pone in capo a tutti i cittadini, singoli o associati; invero, «*a partire da questa disposizione è (...) possibile costruire un sistema sociale nel quale i cittadini che ne hanno “possibilità” ve-*

¹⁷¹E. ROSSI, *Art. 2, cit.*, p. 52.

¹⁷²G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV, *Studi in onore di Giorgio Berti*, cit., p. 184.

¹⁷³P. FORTE, *I principi dell'azione amministrativa dopo le recenti riforme*, in M. P. Chiti, G. Palma (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, 89.

dono imputato su di sé il compito del concorso “al progresso materiale o spirituale della società”, la responsabilità dunque di dare sostanza a processi decisionali ad effetto collettivo non solo mediante le organizzazioni politiche e sindacali (ai quali infatti è dedicato un precipuo ordinamento, desumibile dagli artt. 49 e 39 Cost.), ma in proprio, uti singuli (...) ed in ogni organizzazione raggruppata, e dunque mediante le formazioni sociali dell'art. 2 (...)»

174

¹⁷⁴In termini, P. FORTE, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in G. Palma, P. Forte (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Torino, Giappichelli, 2008, 42 ss.; l'A. soggiunge che: «la combinazione delle previsioni degli artt. 2 e 5 Cost., in ordine alla tutela dell' “autonomia delle formazioni sociali dal potere pubblico”, dell'art. 4, comma 2 Cost. in ordine ai doveri funzionali del cittadino, e dell'art. 118 Cost., ultimo comma, in ordine alla cd. sussidiarietà orizzontale, sembra colmare quella che ad alcuna dottrina era sembrata una mancanza dell'originario testo costituzionale, e cioè la scarsa attenzione ai meccanismi di partecipazione generalizzata alle funzioni pubbliche, e dunque una sorta di ridotto respiro democratico», p. 49. Per la correlazione tra art. 4 Cost. e principio di sussidiarietà orizzontale ex art. 118, comma 4, Cost. v. altresì, G. ARENA, *Cittadini attivi*, cit., p. 80.

SEZIONE III

DONATO VESE
University of Turin, Department of Law
donato.vese@unito.it

RECENSIONE DEI LIBRI

Nudge: The Final Edition, R. H. Thaler and C. R. Sunstein, London, Allen Lane, Penguin, 2021, edition Final, xiv, 366 pp.

La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni, Alberto Zito, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 123 pp.

Pochi mesi prima dell'uscita della nuova edizione del best seller *Nudge* di Richard Thaler e Cass Sunstein¹, è stato pubblicato in Italia questo interessante libro di Alberto Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*.

Probabilmente non si tratta di una coincidenza, visto che mentre gli autori di *Nudge* precisano che si tratta della *Final Edition* (e ci tengono a dire *Final* come *nudging* verso sé stessi per non ritornare più su quello che probabilmente è stato il loro maggior successo editoriale) il libro di Zito intende aprire un nuovo corso per gli studi del diritto amministrativo italiano.

Proprio al metodo di *Nudge* e alla sua “compatibilità” con il diritto amministrativo italiano è dedicato il libro di Zito, che per fare così divide il volume essenzialmente in due parti, corrispondenti rispettivamente al Capitolo I “*Nudge* e diritto amministrativo. Le problematiche generali” e al Capitolo II “L'agire amministrativo attraverso il *Nudge*. L'inquadramento sistematico”.

¹ R. H. Thaler and C. R. Sunstein, *Nudge: The Final Edition*, London: Allen Lane, Penguin, 2021, edition Final, xiv, 366 pp.

Il Capitolo I nella prima parte offre al lettore una ricostruzione della metodologia di *Nudge*, spiegando cos'è e perché può essere utile al giurista, soffermandosi sui profili generali della materia (§§ 1-3, pp. 7-46). Nella seconda parte del Capitolo I, l'autore affronta e spiega una delle principali critiche tradizionalmente mosse a *Nudge*, vale a dire la limitazione dell'autonomia e della libertà dell'individuo (§ 4, pp. 46-56). Nella conclusione viene esposto il dibattito sulla compatibilità di *Nudge* con il diritto (§ 5, pp. 56-66).

Il Capitolo II getta uno sguardo sull'applicazione della *nudge regulation* nel diritto amministrativo italiano, tentando un inquadramento sistematico della materia. La compatibilità della nuova tecnica di regolazione con il sistema giuridico viene argomentata attraverso il riferimento all'effettività/efficacia del diritto (§ 1, pp. 67-85). Mentre la sua compatibilità con il diritto amministrativo (e più precisamente con l'agire amministrativo) viene esplorata da tre differenti angolazioni: come momento di esercizio del potere (§ 2, pp. 85-96), in relazione al principio di legalità (§ 3, pp. 96-113) e dal punto di vista della competenza amministrativa (§ 4 pp. 113-120).

In sostanza, la ricerca di Zito verifica la compatibilità del metodo della *nudge regulation* con il diritto amministrativo italiano e offre uno sguardo sistematico alla materia utile per comprendere e governare il fenomeno *Nudge*².

Secondo l'autore tale compatibilità va ricercata nell'effettività/efficacia che questo metodo consente di perseguire per l'ordinamento giuridico³. Fatto ciò, viene esaminata una questione di particolare rilievo per l'adozione del metodo in questione. Vale a dire se l'agire con i *nudge* possa essere qualificato come esercizio di un potere amministrativo, questione che viene risolta attra-

² Sulla legittimità della *nudge regulation*, si veda S. Cassese, *Exploring the Legitimacy of Nudging*, in A. Kemmerer, C. Möllers, M. Steinbeis, G. Wagner (eds), "Choice Architecture in Democracies", Baden-Baden, Nomos, 2016, 241-245, disponibile su <https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/Exploring-the-Legitimacy-of-Nudging-a-Matter-of-Balancing1.pdf>.

³ A. Zito, "La *nudge regulation* nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni", Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 67-84, ma spec. 81-83.

verso l'allargamento del concetto di potere a quei contesti decisionali che hanno a che fare con la realtà materiale pianificata dall'architetto delle scelte.⁴ Ultime ma non meno importanti sono le questioni relative ai principi di legalità e competenza amministrative. Con riguardo alla prima, muovendo dalla rivisitazione di certa parte della letteratura sulla nozione di legalità amministrativa, Zito sostiene la compatibilità dei *nudge* in virtù dell'interesse pubblico che questi ultimi tendenzialmente perseguono quando sono messi in campo dai *policy maker*⁵; ciò sempre avuto riguardo per quell'ampliamento della nozione di potere amministrativo alla realtà materiale sulla cui base si reggerebbero anche le situazioni in cui i *nudge* non sono – né implicitamente né esplicitamente – previsti da una disposizione normativa⁶. Infine, il problema della competenza – e quello connesso della partecipazione al procedimento amministrativo – viene risolto con l'attribuzione della stessa all'organo di indirizzo politico-amministrativo⁷.

Questa, in estrema sintesi, l'ossatura del libro di Zito che ha senz'altro il merito di offrirci un solido quadro sistematico della regolazione mediante *nudge* nel panorama della scienza amministrativistica italiana. È un libro da leggere se si vuole comprendere meglio come “governare” il fenomeno della *nudge regulation* nell'ambito del diritto amministrativo italiano.

Il libro di Alberto Zito e, per essere onesto, anche la “spinta gentile” del Direttore di questa prestigiosa Rivista mi offrono più di uno spunto per tornare a occuparmi di *Nudge*; e ciò peraltro a breve distanza dalla mia recensione all'edizione finale del libro di Thaler e Sunstein sull'*European Journal of Risk Regulation*⁸.

⁴ Ibid., 85-96, ma spec. 95-96.

⁵ Ibid., 109-111.

⁶ Ibid., 112-113.

⁷ Ibid., 113-119.

⁸ D. Vese, Book Review of “R. H. Thaler and C. R. Sunstein, *Nudge: The Final Edition*, London: Allen Lane, Penguin, 2021, edition Final, xiv, 366 pp.” (2021) 12(4) *European Journal of Risk Regulation*, 1-7 (forthcoming).

Confrontarsi con *Nudge* comporta per il giurista uno sforzo di comprensione che va al di là dello stesso libro di Thaler e Sunstein. Il retroterra culturale da cui nasce la teoria della spinta gentile è tutt'altro che giuridico e affonda le radici nella *behavioral economics* (erroneamente chiamata in questo modo perché si tratta in realtà di psicologia applicata ad aree della conoscenza che sono di normale competenza degli economisti). Grande merito va ai pioneristici lavori del premio Nobel 2002 Daniel Kahneman (uno psicologo cognitivo) e Amos Tversky (uno psicologo matematico) che quarant'anni fa davano inizio a questo campo di ricerca e che oggi troviamo sintetizzato e reso accessibile ad un pubblico più ampio nello straordinario libro *Thinking, Fast and Slow* di Kahneman⁹.

A questi due autori si deve la scoperta e la teorizzazione di due aree della nostra mente denominate Sistema 1 (*Fast*) e Sistema 2 (*Slow*) che “pensano” in modo differente, automaticamente e rapidamente con poco o nessuno sforzo il primo e volontariamente e lentamente con attività faticose e complesse il secondo¹⁰. Rispondere a 2+2 o percepire che un oggetto è più lontano di un altro sono attività automatiche e in quanto tali attribuibili al Sistema 1, mentre dire a qualcuno il tuo numero di telefono o concentrarsi sulla voce di una particolare persona in una stanza affollata e rumorosa richiede l'attenzione tipica del Sistema 2 ossia quello deputato ad azioni complesse e meditate¹¹.

Questo e molto altro costituisce il punto di partenza e il retroterra culturale del lavoro di Thaler e Sunstein, cui va senza dubbio il merito di aver applicato i risultati di questi studi nell'ambito della *Public Policy* a partire soprattutto

⁹ D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, London, Penguin 2011, basato sui precedenti lavori con A. Tversky *Judgement under Uncertainty: Heuristic and Biases* (1974) 185 (4157) *Science* 1974; *Choices, Values, and Frames* (1984) 39(4) in *The American Psychologist* 341.

¹⁰ D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, *supra* nota 9, 20-21, “[s]ystem 1 operates automatically and quickly, with little or no effort and no sense of voluntary control. System 2 allocates attention to the effortful mental activities that demand it, including complex computations. The operations of System 2 are often associated with the subjective experience of agency, choice, and concentration”.

¹¹ *Ibid.*, 21-22.

dai risultati che Kahneman e Tversky (e ancora prima di loro negli anni '50 Herbert Simon¹²) avevano raggiunto in tema di “razionalità limitata” (*bounded rationality*).

Nudge esplora nell'ambito delle scienze sociali la presenza di scorciatoie del nostro ragionamento nella forma di “euristiche”, quali procedure semplici che aiutano a trovare risposte adeguate¹³, anche se spesso imperfette, a domande difficili, e di dimostrare come le persone quando compiono le proprie scelte siano molto spesso preda di “errori cognitivi” (*cognitive bias*) nelle forme più varie: ancoraggio (*anchoring*),¹⁴ disponibilità (*availability*)¹⁵, rappresentatività (*representativeness*)¹⁶, ottimismo (*optimism and overconfidence*)¹⁷, avversione alle perdite (*loss aversion*)¹⁸, status quo¹⁹ e *framing*²⁰.

Ma *Nudge* è qualcosa di più. È come tu potresti decidere nel migliore interesse per te stesso anche se in realtà non ci hai pensato o, se vogliamo usare il linguaggio di Kahneman e Tversky, se tu non hai scelto di usare il Sistema 2 della tua mente ma soltanto il Sistema 1. È il paradigma del paternalismo liberario che si attua con *default rule* mediante *opt-out* e che è anche l'idea centrale di *Nudge* che è valsa il premio Nobel per l'economia nel 2016 a Thaler e il premio Holberg nel 2018 a Sunstein.

Ma cosa sono le *default rule* e cosa l'*opt-out*? Possiamo dire che sono tutti gli approcci che preservano la libertà e che guidano le persone in particolari direzioni, ma che permettono loro anche di andare per la loro strada. L'idea di base sono le iscrizioni automatiche ai piani previdenziali in cui una parte dello stipendio viene accantonata per la pensione. Pochissime persone scelgono di

¹² H. Simon, *Models of Man*, New York, John Wiley, 1957, 198.

¹³ D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, *supra* nota 9, 98.

¹⁴ R. H. Thaler and C. R. Sunstein, *Nudge: The Final Edition*, *supra* nota 1, 26-29.

¹⁵ *Ibid.*, 30-31.

¹⁶ *Ibid.*, 31-32.

¹⁷ *Ibid.*, 32-34.

¹⁸ *Ibid.*, 35-36.

¹⁹ *Ibid.*, 36-38.

²⁰ *Ibid.*, 38-40.

non aderivi (negli ordinamenti in cui è consentito scegliere) perché quella regola è idealmente nel loro interesse o semplicemente per inerzia. La *default rule* conferma quello che tu avresti comunque fatto se non ci fosse stata una regola ad hoc. Tuttavia tu puoi sempre scegliere di rinunciare (*opt out*).

La regola di *default* può essere applicata in molti altri contesti. In ambito sanitario la regola di *default* può contribuire ad aumentare le donazioni di organi e salvare vite umane, lasciando intatta tuttavia la libertà di scelta del donatore che può, se non vuole, evitare l'espianto con una dichiarazione ad hoc. Il Belgio è stato fra i primi in Europa a prevedere una regola di *default* mediante *opt-out* nelle donazioni di organi ed ora vanta un primato nell'UE per numero di donatori²¹. La tutela dell'ambiente può essere perseguita con specifici *default*. Si pensi all'introduzione da parte dell'UE della regola di *default* per la stampa fronte-retro attraverso l'assegnazione del marchio Ecolabel UE di qualità ecologica alle apparecchiature per la riproduzione di immagini²². Se lavori in una Università, ma la stessa cosa accade in molte altre amministrazioni, potrai allora notare che le macchine per la stampa sono preimpostate con l'opzione fronte-retro, ma tu puoi sempre scegliere di stampare su un lato se preferisci. La stessa cosa, anche se con un processo parzialmente differente, avviene agli sportelli ATM delle banche dove il totem ti chiederà se preferisci non stampare la ricevuta segnalandoti in verde sul monitor che si tratta di una scelta ecologica. In tutti e due i casi molte persone scelgono di non cambiare l'impostazione di *default* semplicemente perché avrebbero fatto la stessa cosa o semplicemente per inerzia.

Ecco perché paternalismo libertario. La persona è di fronte ad una regola automatica (*default rule*) che è stata pensata appositamente dal policy-maker nella veste di "architetto della scelta", e nel fare così diciamo che *Nudge* è paterna-

²¹ Cfr. Loi sur le prélèvement et la transplantation d'organes, 13 Juin 1986, <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1986/06/13/1987009088/justel>.

²² Cfr. 2013/806/UE: Decisione della Commissione, del 17 dicembre 2013, che stabilisce i criteri ecologici per l'assegnazione del marchio Ecolabel UE di qualità ecologica alle apparecchiature per la riproduzione di immagini [notificata con il numero C(2013) 9097], <http://data.europa.eu/eli/dec/2013/806/oj>.

lista. Tuttavia la persona può sempre scegliere di rinunciare (*opt out*): in ciò diciamo invece che *Nudge* è libertario perché preserva comunque la scelta dell'individuo. Si prospetta un orizzonte decisionale in cui tu puoi scegliere nel modo che idealmente è migliore per te stesso (l'adesione al piano pensione) o tutt'al più non dannoso (la donazione degli organi, la stampa fronte-retro) oltre che implicitamente utile per la collettività (l'aumento di donatori e quindi di vite salvate, la protezione dell'ambiente).

Come ho detto nella recensione sull'EJRR²³, una delle principali novità dell'edizione filale di *Nudge* è il capitolo “*Sludge*”.

Se da un lato la vita di ogni giorno può essere oggetto di *nudge* può tuttavia anche essere oggetto di “*sludge*”, vale a dire di “fango”. Con *sludge*, in altre parole, ci troviamo di fronte al “lato oscuro dell'architettura delle scelte”²⁴. I *nudge* hanno dimostrato che le persone possono essere indotte a prendere decisioni o incoraggiate ad adottare un determinato comportamento semplicemente rendendogli la vita facile con regole automatiche. Ma è vero anche il contrario. Ciò significa che se il raggiungimento di determinati obiettivi comportasse il superamento di difficoltà, le persone potrebbero decidere di non perseguirli. Gli individui possono essere indotti a non compiere determinate scelte oppure a non adottare un determinato comportamento semplicemente ponendo ostacoli o barriere sul loro cammino. Thaler e Sunstein ammettono che l'economia comportamentale può essere usata anche per il “male”. L'esperienza mostra che gli architetti delle scelte “cattive” possono impedire e scoraggiare le perso-

²³ Si veda D. Vese, Book Review of “R. H. Thaler and C. R. Sunstein, *Nudge: The Final Edition*, London: Allen Lane, Penguin, 2021, edition Final, xiv, 366 pp.” (2021) 12(4) *European Journal of Risk Regulation*, 1-7 (forthcoming), per tutte le altre novità dell'edizione finale del libro di Thaler e Sunstein che qui non sono oggetto di recensione poiché non sono immediatamente connesse con il libro di Alberto Zito, il quale fa riferimento all'edizione originaria tradotta in italiano, vale a dire “La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità, Milano, Feltrinelli, 2017, basata sull'edizione del 2008, vale a dire *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, London, Penguin, 2008.

²⁴ R. H. Thaler and C. R. Sunstein, *Nudge: The Final Edition*, *supra* nota 1, 152.

ne dal fare scelte o dal raggiungere determinati obiettivi ponendo barriere od ostacoli sulla loro strada.

Gli ostacoli che le persone affrontano nei loro processi decisionali sono ciò che Thaler e Sunstein chiamano appunto *sludge*. Gli individui sono soggetti ad uno *sludge* ogni volta che incontrano un “attrito” che riduce significativamente la loro volontà di agire o influenza le loro decisioni. Thaler e Sunstein danno al lettore molti esempi efficaci, comuni nella vita quotidiana. È il caso degli ostacoli che gli studenti a basso reddito devono affrontare regolarmente per ottenere aiuti finanziari nelle università. In molti casi, le difficoltà nella compilazione dei moduli dei bandi impediscono agli studenti di completare le procedure e riducono la loro possibilità di raggiungere l’obiettivo.

Le politiche sui *cookie* sono un altro esempio di *sludge* che le persone affrontano regolarmente on line²⁵. L'accettazione dei *cookie* è facoltativa, quindi gli utenti possono decidere da soli. Tuttavia, diverse misure adottate dagli architetti di siti web per incoraggiare gli utenti a consentire i *cookie* rivelano che i *nudge* possono essere utilizzati non per migliorare le decisioni ma per ridurre la volontà delle persone di agire influenzando il loro comportamento.

La politica di *opt-in* (ossia sono gli utenti stessi a selezionare la casella dei *cookie*), apparentemente più democratica delle imposizioni, offre agli utenti due alternative: accettare i *cookie* o rifiutarli. Tuttavia, la libertà degli utenti di selezionare l’opzione che preferiscono è soggetta a limitazioni significative. Non viene fornita alcuna spiegazione chiara sulle alternative, né gli utenti che rifiutano di accettare i *cookie* online possono navigare in rete senza dover fare i conti con gli *sludge*. Nei siti web in cui i *cookie* sono regolamentati secondo questa policy, vengono utilizzati *sludge* per indirizzare gli utenti verso il pulsante “sì, accetto”, pregiudicando così la libertà di scelta e di consenso delle persone. Il rischio che gli utenti dicano di no ai *cookie* online è molto più alto del contrario. Sapendo questo, gli architetti delle scelte usano i *nudge* per influenzare il com-

²⁵ Ibid., 169-170.

portamento e le decisioni delle persone solo a proprio vantaggio. In questo caso, gli individui probabilmente sanno cosa preferiscono in realtà, ma i *nudge* li costringono a prendere decisioni che vanno contro i propri interessi.

Nel complesso, va riconosciuto che, come tecnica di regolazione amministrativa basata sull'economia comportamentale, *Nudge* ha almeno tre grandi meriti: uno, è filosoficamente valida perché mantiene la scelta individuale; due, è pragmaticamente solida perché, se confrontata con la tradizionale regolazione per *mandate* e *prohibition*, è a basso costo; tre, è politicamente non controversa perché mantiene un giusto compromesso fra libero mercato e welfare.

Ciononostante *Nudge* e il paradigma del *Paternalismo Libertario* sono stati oggetto di aspre critiche²⁶. Per limitarci alle principali, secondo molti le idee di Thaler e Sunstein minerebbero l'autonomia, incoraggerebbero l'infantilismo e non sarebbero applicabili a questioni difficili. Ledono l'autonomia perché influenzano gli individui a fare ciò che è (ipoteticamente) giusto per loro. Producono infantilismo perché rendono le persone dipendenti dal regolatore che prende le decisioni al loro posto e le spinge nella "giusta" direzione. Non è applicabile a questioni complesse perché, come è stato notoriamente detto, l'economia comportamentale funziona per la mensa²⁷ ma non per la Costituzione!

²⁶ I termini del dibattito possono essere riassunti con una delle posizioni più radicali, ossia quella di G. Mitchell, *Libertarian Paternalism is an Oxymoron*, FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 136; FSU College of Law, Law and Economics Paper No. 05-02, 5 November 2004, 40, <https://ssrn.com/abstract=615562>. Secondo Mitchell "[l]ibertarian paternalism, as currently formulated, is not designed to liberate individuals from their irrational tendencies but to capitalize on irrational tendencies to move citizens in directions that the paternalistic planner deems best" [Il paternalismo libertario, come attualmente formulato, non è progettato per liberare gli individui dalle loro tendenze irrazionali, ma per capitalizzare sulle tendenze irrazionali e muovere gli individui in direzioni che il pianificatore paternalista ritiene migliori] (traduzione mia). Si veda anche G. Mitchell, *Libertarian Nudges* (November 1, 2017). *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2017-65*, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3070312>. Recentemente, per una esposizione delle critiche a *Nudge* e una risposta ad esse si veda J. de Quintana Medina, *What is wrong with nudges? Addressing normative objections to the aims and the means of nudges* in *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, no. 25, 23-37, 2021 Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), <https://doi.org/10.24965/gapp.i25.10865>.

²⁷ L'esempio della mensa introduce il libro *Nudge* ed è riproposto sostanzialmente immutato anche nell'edizione finale. Cfr. *Ibid.*, 1-5.

Si tratta di critiche interessanti e ben fondate, che tuttavia non possiamo approfondire in questa sede²⁸. Ciò che intendo fare qui è invece di dimostrare che influenzare sistematicamente le persone verso scelte migliori può rappresentare un rischio.

Vale la pena di anticipare che la mia è un'obiezione molto diversa da quelle che solitamente sono rivolte a *Nudge*, come i riferimenti riguardo all'indipendenza, all'infantilismo e all'incapacità di affrontare domande difficili.

La mia opinione è che se le persone sono abituate ad essere sistematicamente guidate nelle loro scelte da *nudge* che le conducono verso decisioni ottimali, probabilmente non saranno in grado di rispondere adeguatamente a situazioni diverse e inaspettate che la realtà ha in serbo per loro.

Facciamo un esempio²⁹. Diciamo che abbiamo viaggiato in treno e abbiamo appena raggiunto la nostra destinazione. Dobbiamo scendere dal treno e lasciare la stazione per prendere l'autobus per tornare a casa. Molte persone si stanno dirigendo verso i tornelli all'uscita della stazione, e tutti insieme siamo guidati da diversi *nudge* quali insegne luminose, indicatori di direzione e annunci vocali, la cui funzione è quella di aiutarci a raggiungere l'uscita in modo rapido e ordinato. Una volta lì, scopriamo che uno dei tre tornelli ha una luce rossa lampeggiante che indica che non funziona, ma è aperto! Tutti gli altri sono in fila per passare attraverso uno dei due tornelli con il semaforo verde.

Le persone stanno semplicemente ignorando il fatto che il terzo cancello è aperto, poiché probabilmente hanno guardato prima la luce rossa lampeggiante che significa “non (puoi) passare di qui” o “fuori servizio”. Scegliamo di passare attraverso il tornello lasciato aperto con il semaforo rosso lampeggiante e prendiamo l'autobus che probabilmente avremmo perso se avessimo aspettato il nostro turno ai tornelli con il semaforo verde³⁰.

²⁸ Per un approfondimento, si veda sempre D. Vese, Book Review of “R. H. Thaler and C. R. Sunstein, *Nudge: The Final Edition*, *supra* nota 23, 5-6.

²⁹ Ho avanzato lo stesso esempio in D. Vese, Book Review of “R. H. Thaler and C. R. Sunstein, *Nudge: The Final Edition*, *supra* nota 23, 6.

³⁰ L'esempio è tratto da un'esperienza personale dell'autore nella stazione ferroviaria “DART” della città di Bray (Bré) nella contea di Wicklow, situata sulla costa orientale dell'Irlanda.

L'esempio mostra che sebbene i *nudge* possano aiutare le persone a fare scelte migliori, potrebbero interferire con la capacità degli individui di pensare da soli quando le circostanze reali (luce rossa = nessuna uscita, ma tornello aperto) non corrispondano allo scenario progettato dall'architetto della scelta.

In sostanza, i *nudge* influenzano le scelte delle persone, inducendole a rispondere in modo predefinito al messaggio che veicolano (semaforo rosso = nessuna uscita – semaforo verde = uscire da qui) anche quando sono necessarie scelte diverse (semaforo rosso, ma tornello aperto quindi uscita possibile)³¹.

Nudge si impegna ad aiutarci a fare scelte migliori da cui possiamo sempre dissociarci. Tuttavia, qui il problema non è se le scelte che ci aiuta a fare siano migliori – cosa che spesso accade – ma se siamo in grado di capire quando dissociarci, cioè prendere una decisione diversa da quella progettata dall'architetto delle scelte.

Ho sostenuto in altra sede in riferimento alla regolamentazione amministrativa delle *fake news* sulle piattaforme social, come i *nudge* siano strumenti migliori per la democrazia rispetto agli interventi autoritativi³².

da, a circa 20 km a sud di Dublino.

³¹ Dal mio punto di vista ciò che potrebbe succedere con i *nudge* nell'esempio appena fatto trova un fondamento teorico nel famoso esperimento sul condizionamento di Pavlov. L'esperimento di Pavlov era stato condotto su un cane, tramite la misurazione della sua salivazione, per mostrare come l'animale, se continuamente stimolato da un segnale esterno che lo avvisava della (effettiva) presenza di cibo, poteva associare la presenza dell'alimento non più da una esperienza visiva diretta (la presenza effettiva del cibo), ma semplicemente dal segnale acustico, vale a dire il suono di un campanello con cui all'animale in un primo momento veniva servito il cibo. Con questo esperimento, Pavlov dimostrò che un soggetto, laddove sistematicamente stimolato da un agente esterno, subiva una forma di condizionamento in grado di far sì che questi risponda ad uno stimolo artificiale piuttosto che reale (la salivazione del cane, misurata da Pavlov, non era più indotta dalla vista o dall'odore del cibo, ma dal suono del campanello). Il famoso esperimento del "cane di Pavlov" è contenuto in I.P. Pavlov, *Lectures on conditioned reflexes. Vol. 1. Twenty five years of objective study of the higher nervous activity (Behaviour) of animals*, Martin Lawrence, 1929.

³² D. Vese, *Governing the Fake News: The Regulation of Social Media and the Right to Freedom of Expression in the Era of Emergency*, in *European Journal of Risk Regulation*, 11 October 2021, 1-41.

Ciò a condizione che possano aiutare le persone, ad esempio consentendo agli utenti di distinguere tra notizie false e vere, ma senza togliere loro il giudizio e l'autocritica nel rendersi conto se una notizia sia un vero scoop o una vera bufala. Questa è una sfida che *Nudge* dovrebbe affrontare in futuro.

Ringraziamenti

La recensione alla Final Edition di Nudge è frutto del lavoro di ricerca svolto alla School of Law del Trinity College di Dublino. Ho avuto modo di discuterne in più occasioni con il Dr. Suprayatim Roy. A lui va un sincero ringraziamento per i preziosi commenti e suggerimenti. Un sincero ringraziamento va anche allo Staff della Berkeley Library del Trinity College Dublin per il supporto alla mia attività di ricerca.

Ho discusso alcuni punti chiave di Nudge con Federica Lazzari e la pubblicazione di questo lavoro è anche un modo per ringraziarla.

La recensione al libro del Professore Alberto Zito è nata grazie alla discussione con il Professore Luca Perfetti. Gli sono riconoscente per aver deciso di pubblicare la recensione in questa prestigiosa Rivista.

Ho discusso alcuni punti chiave della *nudge regulation* con i Professori Giuseppe Tropea, Fabrizio Tigano e Margherita Interlandi durante il mio concorso per ricercatore all'Università di Messina. Non avendolo potuto fare prima, la pubblicazione di questa recensione è un modo per ringraziarli per i tanti spunti offerti in quella sede.

GYULA BANDI

Deputy Commissioner for Fundamental Rights Ombudsman for Future Generations¹

bandi.gyula@jak.ppke.hu

THE HUNGARIAN OMBUDSMAN FOR FUTURE GENERATIONS

L'OMBUDSMAN UNGHERESE PER LE GENERAZIONI FUTURE

SINTESI

Questo contributo mira a fornire un'introduzione su un'istituzione relativamente giovane – attiva dal 2008 – in Ungheria, che opera nell'interesse delle generazioni future. Per meglio comprendere il tema, si pongono alcune delle criticità correlate al tema delle future generazioni, seguite da una panoramica sulla storia, il contesto e alcune delle prassi di questa specifica organizzazione

ABSTRACT

This paper is a short introduction to a relatively novel – active since 2008 - institution in Hungary, serving future generations interests. To set the scene, some general foundations of the future generations challenge is presented, followed by an overview of the history, context and some practice of this specific ombudsperson organization.

PAROLE CHIAVE: Ungheria; Ombudsman; generazioni future.

KEYWORDS: Hungary; Ombudsman; future generations.

TABLE OF CONTENTS: 1. Some basics of international and domestic documents in terms of future generations – 2. Regarding the concept of future generations – 3. The ombudsman of future generations in Hungary

1. Some basics of international and domestic documents in terms of future generations

¹Elected in February 2017 for a six years term by the 2/3 majority of the Parliament

The current interpretation of sustainable development, providing primarily the primary basis for our topic has been based upon the report of the 'Bruntland Commission', adopted in 1987¹. The UN conference in Rio five years later could build on this report, accepting the Rio Declaration on Environment and Development², which is now taken as a decisive element of our current thinking. Principle 3 might be taken as the most important principle from our point of view: «*The right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations*». And if we now try to understand this definition in a simple way, we might conclude: «*A synthesis of these core documents shows that the meaning of 'sustainable development' can be reduced to the combination of two principles that can be seen as axiomatic to understand sustainable development: intergenerational and intragenerational equity*»³

Five years after Rio, a declaration on the responsibilities of the present generations towards future generations has been issued⁴ (Declaration, 1997), covering several commitments (taking into consideration the needs and interests of future generation, freedom of choice, environmental protection, cultural diversity, peace, or non-discrimination, etc., altogether presented in 11 articles) presented as moral obligations to formulate behavioral guidelines for the present generations.

Countries have different sustainable development strategies and Hungary is not an exception. Therefore, in this respect, we might also refer to the ideas of Hungarian sustainable development strategy, adopted in 2012, completing its third progress report at the end of 2019, as this aims to clarify the above

¹Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, as an annex to the document no. A/42/427, presented to the UN General Assembly

²Rio Declaration, adopted by the UN Conference on Environment and Development, 3-14 June 1992, Rio de Janeiro,

³BARRAL, Virginie: Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm, *The European Journal of International Law*, Vol. 23. no. 2, 2012, p. 380

⁴Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations, 12 November 1997, The General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, meeting in Paris from 21 October to 12 November 1997 at its 29th session

thoughts better⁵ (NFFS, 2012, pp. 9): «*Therefore sustainability should be defined in a way that any generation, while striving to create their own well-being, do not deplete their resources, but conserve and expand them both in terms of quantity and quality for future generations. The interests of those unborn, and therefore without voting right, may only be protected by current generations limiting their own freedom through moral, constitutional or institutional restrictions*».

2. Regarding the concept of future generations

Equity towards future generations, the equitable behavior is by no means a part of international policies and regulations, mostly in connection with sustainable development. The understanding of the rights of future generations – and obviously the other foundation of sustainable development, intragenerational equity - is a fascinating moral and legal challenge, which several authors have try to address along the lines of different approaches, on a scale from the heartfelt support to total rejection. Here I do not want to enter into a deep examination of the concept, instead I only refer to Edith Brown Weiss, being the pioneer and most prominent author of the rights of future generations. The basic enigma is not too difficult: «*This ethical and philosophical commitment acts as a constraint on a natural inclination to take advantage of our temporary control over the earth's resources and to use them only for our benefit without careful regard for what we leave to our children and their descendants*»⁶. In her paper Weiss classifies three major principles in connection with intergenerational equity, namely

⁵National Framework Strategy on Sustainable Development 2012–2024, Passed by and recommended to be submitted to the Parliament by the National Council for Sustainable Development on the session of 16/May/2012.

Passed by the Parliament on the session of 25/March/2013, p. 20.,
<https://www.nfft.hu/documents/127649/4101265/NFFT-ENG-web.pdf/f692c792-424d-4f5a-9f9d-9e6200303148?t=1580130885736>

⁶WEISS, Edith Brown: In Fairness to Future Generations and Sustainable Development, American University International Law Review, Volume 8, Issue 1, Article 2, 1992. p. 18 and 19. The major publication of the same author in this respect: WEISS, Edith Brown: In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity, New York: Transnational Publishers, Inc., 1989

- the first is to conserve options, diversity of choice – «*Future generations are entitled to diversity comparable to that which has been enjoyed by previous generations.*»
- the second is to maintain the quality comparable to that which has been enjoyed by previous generations,
- the third principle is the equitable access, e.g., access to potable water supplies.

Later the author presents four general decisive criteria underlying these principles⁷:

- equality among generations, which does not allow the present generations to exploit resources to the exclusion of future generations, or to impose unreasonable burdens on present generations to meet indeterminate future needs,
- we may not predict the values and preferences of future generations therefore sufficient flexibility is needed to achieve their own goals according to their own values and preferences,
- clear expectations are needed in the application to foreseeable situations,
- the different cultural traditions and different economic and political systems shall be taken into consideration.

Weiss also referred to the need of institutional representation of future generations, as well as legal and policy scholars in many respects analyze the problem to clarify the most general features of a proper institutional representation of future generations. Here I refer only to the World Future Council, being a think-tank of several professions with environmental relevance. The Council has formed a Future Justice sub-commission and working group dealing extensively with this issue. The major features of such an institution ac-

⁷See above, pp 22-23

According to WFC are: longtermism, integration, bringing authority to agreed sustainability goals and holding governments and private actors accountable for not delivering on them and connecting citizens with the national and even international level decision-making procedures⁸. WFC has issued a leaflet⁹ on this issue and further broke down the main branches of the responsibilities:

“The Guardian

- as an ombudsperson conveys citizen concerns to the legislating units,
- as an interface creates incentives for integration and prevents policy incoherence,
- as an advisory body recommends solutions,
- as an auditing body traces conflicts of interests and road-blocks to implementation.”

3. The ombudsman of future generations in Hungary

The institution of the Hungarian Ombudsmen (commissioners of fundamental rights) was established during the democratization process of the late 1980's and early 1990's¹⁰, while the first ombudspersons were elected in 1995. The previous Hungarian Constitution adopted a model of the ombudsman system with separate Commissioners for the protection of individual rights, with the Ombudsmen being nominated by the President of Hungary and being elected by the Parliament with a 2/3 majority for a 6-year mandate. This also refers to the independence from the Government (qualified majority of the Parliament, with a tenure longer than government cycles). The Ombudsman was responsible, amongst others, for the protection of the right to a healthy

⁸<https://www.worldfuturecouncil.org/future-justice/>

⁹<https://www.worldfuturecouncil.org/guarding-our-future/> One may also find our introductory page in the paper.

¹⁰The first ombudsman act was the Act LIX. of 1993, while the current act is the Act CXI of 2011 – one may find the English version at: <https://www.ajbh.hu/en/web/ajbh-en/act-cxi-of-2011>

environment. However, the text of the Constitution allowed for the election of additional Ombudsmen for the protection of other fundamental rights.

A Hungarian civil society organization - Védegylet (Protecting the Future) - made extensive efforts in order to raise awareness of and popularize the idea of a novel institution for the protection of future generations. With strong support from the then President of Hungary, it was possible to reach multi-party acceptance for the initiative in 2007 and the first OFG was elected in May 2008.¹¹

The first OFG and its staff functioned as an independent institution to monitor, evaluate, influence, and control the enforcement of sustainability through legal means, working separately from the other Ombudsmen. It had strong competencies to investigate issues concerning citizens' right to a healthy environment or that had a likely impact on long-term sustainability and the condition of the natural environment. It had powers to prepare independent reports, resolutions, and legal recommendations, initiate judicial and Constitutional Court proceedings, or even veto concrete measures, decisions of public administration. Anyhow, this special status proved to somewhat different from the traditional ombudsman type activities. Beside the future generations, there had also been an independent ombudsperson for the right of national minorities and for data protection.

In 2012, with the adoption of the new constitution, the Fundamental Law and parallel with it a new Act CXI of 2011 on the Commissioner for Fundamental Rights (hereinafter the Ombudsman Act), a new institution, the Office of the Commissioner for Fundamental Rights was established by merging the independent Ombudsman offices into one. Since 2012 the OFG - as well

¹¹For a better introduction see: An Institution for a Sustainable Future, The Hungarian Ombudsman for Future Generations by Kinga Debisso & Marcel Szabó, in *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* 2021 (9) 1, Editor-in-chief: Prof. Marcel Szabó, Eleven, the Hague,

or Sándor Fülöp, 'Clarification and Networking. Methodology for an Institution Representing Future Generations' in Bándi, Gyula (ed) *Environmental Democracy and Law, Public Participation in Europe*, (Europa Law Publishing, 2014)

as the Ombudsman for the Rights of National Minorities - is a Deputy to the Commissioner for Fundamental Rights. (The data protection, being previously a separate ombudsman position, at this time was formed as a special central office, the head of it also elected by the Parliament.) The drafters of the new constitution had a different concept related to the parliamentary protection of human rights, namely, they did not agree with the relatively strong specific ombudsmen system, instead the idea to have one general ombudsman's office with deputies proved to be the preference. The deputies are nominated by the ombudsman to the Parliament.

The status of the OFG was solidified by having anchors and specific provisions built in the new Fundamental Law. His main mandate focuses on a broadly defined representation of the interests of future generations through the preservation of natural and cultural resources and the protection of citizen's fundamental right to a healthy environment, physical and mental health.¹²

The wording of the Fundamental Law is the following:

«Article 30:

(1) The Commissioner of Fundamental Rights shall protect fundamental rights and shall act at the request of any person.

(2) The Commissioner of Fundamental Rights shall examine or cause to examine any abuses of fundamental rights of which he or she becomes aware of and shall propose general or specific measures for their remedy.

(3) The Commissioner of Fundamental Rights and his or her deputies shall be elected for six years by a two-thirds vote of the Members of Parliament. The deputies shall defend the interests of future generations and the rights of nationalities living in Hungary.»

It is also worth to refer to the current wording of the Ombudsman Act:

«Art. 1

¹²For the details of the history and major tasks, also of the most important theoretical background of the institution, see: Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation, Edited by Marie-Claire Cordonier Segger, Marcel Szabó, Alexandra R. Harrington, Cambridge University Press 2021

(1) The Commissioner for Fundamental Rights shall – in addition to his/her tasks and competences specified in the Fundamental Law – perform the tasks and exercise the competences laid down in this Act.

(2) In the course of his/her activities the Commissioner for Fundamental Rights shall pay special attention, especially by conducting proceedings ex officio, to the protection of

a) the rights of the child,

b) the values determined in Article P of the Fundamental Law (hereinafter referred to as “the interests of future generations”),

c) the rights determined in Article XXIX of the Fundamental Law (hereinafter referred to as “the rights of nationalities living in Hungary”), and

d) the rights of the most vulnerable social groups.

...

Art. 3

(1) The Deputy Commissioner for Fundamental Rights responsible for the protection of the interests of future generations shall monitor the enforcement of the interests of future generations, and

a) shall regularly inform the Commissioner for Fundamental Rights, the institutions concerned and the public of his/her experience regarding the enforcement of the interests of future generations,

b) shall draw the attention of the Commissioner for Fundamental Rights, the institutions concerned and the public to the danger of infringement of rights affecting a larger group of natural persons, the future generations in particular,

c) may propose that the Commissioner for Fundamental Rights institute proceedings ex officio,

d) shall participate in the inquiries of the Commissioner for Fundamental Rights,

e) may propose that the Commissioner for Fundamental Rights turn to the Constitutional Court,

f) shall monitor the implementation of the sustainable development strategy adopted by the Parliament,

g) may propose the adoption and amendment of legislation on the rights of future generations, and

h) shall promote, through his/her international activities, the presentation of the merits of domestic institutions related to the interests of future generations.»

The Fundamental Law contains multiple references to future generations, with the preamble setting out the following: *«We bear responsibility for our descendants and therefore we shall protect the living conditions of future generations by making prudent use of our material, intellectual and natural resources».*

The constitutional mandate of the OFG has two main pillars: the human right to a healthy environment and a novel provision stipulating the ‘common heritage of the nation’. It provides that all natural resources constitute the common heritage of the nation and thus shall be preserved, maintained, and protected by everyone, including the state for the benefit of future generations. Based on such constitutional language, in the practice of the OFG the “interests of future generations” are understood as issues relating to very broadly defined environmental interests, intergenerational justice, sustainability and cultural heritage protection.

The actual clauses underpinning the mandate of the OFG in the Fundamental Law are the following:

Article P) (1): *«Natural resources, in particular arable land, forests and the reserves of water; biodiversity, in particular native plant and animal species; and cultural artefacts, shall form the common heritage of the nation, it shall be the obligation of the State and everyone to protect and maintain them, and to preserve them for future generations».*

Article XX

(1) «*Everyone shall have the right to physical and mental health*» And Par. 2 clarifies that environmental protection is on the means of implementation.

Article XXI

(1) «*Hungary shall recognise and endorse the right of everyone to a healthy environment*»

The means and methods through which the OFG exercises its mandate is set out in the Ombudsman Act. In many aspects the Ombudsman works closely together with the general Commissioner while in other instances he acts independently.

1. As its main task the Ombudsman investigates *citizens' complaints* filed concerning maladministration complaints, alleged violations of the right to a healthy environment, right to physical or mental health and rights of future generations. During these investigations they have extensive authority to request relevant information and look into documentation they deem significant. Concluding these investigations, the Ombudsman and the Commissioner issue joint reports containing recommendations addressed to respective authorities and Ministries to comply with their constitutional obligations. In case a need for changing the corresponding legislative setting is detected, the concluding report can contain legislative proposals.
2. The Ombudsman with the Commissioner can launch *ex officio investigations* into any matter affecting the well-being, rights and interest of future generations in order to explore and call attention to systemic errors or potential mismanagement and propose an improved course of action and/or legislative framework.
3. The Ombudsman, through the Commissioner can seek a *constitutional review* procedure before the Constitutional Court relating to any piece of legislation that is suspected to violate the relevant provisions of the Fundamental Law affecting the well-being, rights and interest of future

- generations or the present generations' right to a healthy environment, physical and mental health.
4. In case of an alleged *conflict* between a *local and a national piece of regulation*, the Ombudsman, through the Commissioner may request the Curia (Highest Court) to review their compatibility.
 5. The Ombudsman functions as a *watchdog* in monitoring the national sustainability strategy and the situation and enforcement of the rights of future generations and raises awareness in this respect. He has the right to examine and advise on national and local legislative actions; to monitor policy developments and legislative proposals to ensure that they do not pose a severe or irreversible threat to the environment or harm the interests of future generations. In doing so, the Ombudsman can
 - a. *inform* competent *ministers and stakeholders* about his concerns in writing or voice his concerns in the meeting of *Parliamentary committees* that are responsible for drafting a given piece of legislation,
 - b. submit *legislative proposals* in fields covered by his mandate (some of the most recent: green waste burning, fireworks, data protection within water management),
 - c. publish so called *Ombudsman opinions*, quasi position papers regarding any matter relating to the protection of the interests of future generations,
 - d. can intervene in court in the judicial review of administrative decisions in environmental matters,
 - e. issue *press releases* to call attention to significant matters.
 6. The Ombudsman has a significant role in providing a *neutral platform for negotiations and building consensus* between the scientific community, expert NGOs and governmental stakeholders to discuss legislative proposals and pressing environmental issues thereby effectively channelling pu-

blic comments and the opinion of the scientific community into law-making and enforcement processes.

Above I already listed some more flexible instruments which are not directly connected to individual cases but rather comprise more general messages, worth to be outlined a bit better, such as the followings:

- issuing “general opinions” on various topics (as for example: status and funding of nature conservation directorates, inappropriate heating techniques by citizens, soil and groundwater protection, SDG implementation) on own initiative,
- designing ex officio investigations to explore systemic problems, which might also lead to legislative proposals (waste management, environmental liability schemes),
- general awareness raising issues: organizing conferences, roundtable discussions mostly together with environmental association and professional organisations (such as the Hungarian Academy of Sciences),
- the OFG is a permanent invitee in the work of the National Sustainable Development Council and of the National Environmental Protection Council,
- the OFG has the right to be heard at the different committees of the Parliament, if it is necessary from the point of view of future generation interests.

Our work might be illustrated by parts of the English summaries of the reports, presented to the Parliament by the OFG under my own mandate¹³:

“The very responsibility of the Ombudsman for Future Generations is to draw the attention of the decision-makers, the economic players and all the

¹³The activity and mission of OFG might best be understood, if one examines the English summary of our yearly activity at the website: https://www.ajbh.hu/en/web/ajbh-en/annual-reports?p_p_id=1_WAR_ajbhdocumentlibrarydisplayportlet&p_p_lifecycle=0&1_WAR_ajbhdocumentlibrarydisplayportlet_currentFolderId=129172&1_WAR_ajbhdocumentlibrarydisplayportlet_folderOrderByCol=NAME&1_WAR_ajbhdocumentlibrarydisplayportlet_folderOrderByType=desc&1_WAR_ajbhdocumentlibrarydisplayportlet_fileOrderByCol=NAME&1_WAR_ajbhdocumentlibrarydisplayportlet_fileOrderByType=desc

citizens to the fact that the Fundamental Law of Hungary clearly sets out that such protection is the obligation of everyone. This is why making preliminary comments on national strategies and laws of different levels is one of our key activities, along with the public criticism of activities that damage Nature without any justifiable reasons, and on the other hand, we also promote and strengthen good practices.”¹⁴

*«The primary mission of the Ombudsman for Future Generations is to remind the state, including all the state organs and levels, of this task and responsibility. The elaboration of a modern and efficient system of responsibility is a kind of job in which everyone participates, from the civil society organizations through the professional-economic advocacy groups to the state. The operation of this unique system of cooperation, the harmonization of interests and viewpoints is such a challenge which can be best met by an independent institution like the Ombudsman for Future Generations».*¹⁵

The OFG Office was mentioned in the 2013 Report of the UN Secretary-General Ban Ki-Moon entitled “Intergenerational solidarity and the needs of future generations”¹⁶, as an ombudsman type model for the institutional representation of intergenerational equity. The contribution of the OFG to intergenerational justice and sustainable development is multifold. Long-term thinking lies at the core of the OFG’s work, emphasizing the essential need for integrating long-term considerations into decision-making processes at every level. Through the investigation of individual complaints or via ex officio investigations the OFG can discover systemic errors and can contribute to improvements both during the legislative process through its consultative role,

¹⁴2017 report,

<https://www.ajbh.hu/documents/14315/2851105/>

[Report+on+the+Activities+of+the+Commissioner+for+Fundamental+Rights+and+his+Deputies+2017.pdf/2c9aa8df-d036-e2df-2235-c1bb6b8a75f3?version=1.1&t=1532087170475](https://www.ajbh.hu/documents/14315/2851105/Report+on+the+Activities+of+the+Commissioner+for+Fundamental+Rights+and+his+Deputies+2017.pdf/2c9aa8df-d036-e2df-2235-c1bb6b8a75f3?version=1.1&t=1532087170475)

¹⁵2018

report,

<https://www.ajbh.hu/documents/14315/2993057/Report+on+the+Activities+of+the+Commissioner+for+Fundamental+Rights+and+his+Deputies+2018.pdf/ef5f4ffa-ef99-8cf8-e4d3-47ebb39b1026?version=1.0&t=1558947152563>

¹⁶Ban Ki-Moon, ‘Intergenerational solidarity and the needs of future generations’ – Report of the Secretary-General, 5 August 2013, A/68/322. Available at: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2006future.pdf>

and at the enforcement side via its recommendations to authorities. By turning to the Constitutional Court, it can influence the constitutional review of certain pieces of legislations, which will then serve as important precedents in the future regarding the topic at hand. By issuing general observations the OFG can raise public attention thereby enhance general awareness.

The office of the Ombudsman strives to be an approachable, accessible, and accountable institution. Any citizen can file a claim free of charge, either personally, with notes taken by the staff at the premises of the institution, or via post or on the Office's internet site. Depending on the topic, certain professional events, conferences, workshops are also publicly advertised.

The OFG has an excellent working relationship with green NGOs, harnessing synergies in their work, often organizing joint workshops, conferences and in many instances the OFG acts as a bridge between various stakeholders (NGOs, academic world, policy makers, members of the executive branch) in conflicting matters.

Some successes from the past 4 years:

- in connection with Nature Conservation Areas: OFG through 'amicus briefs' contributed to the Constitutional Court's case practice ultimately protecting vulnerable areas,
- OFG articulated most urgent steps for implementation of environmental and human health related SDGs, also proposing national indicators. As a result, a summary was annexed to the Hungarian Voluntary National Report of 2018¹⁷
- protecting groundwater resources. The story: legal amendment aimed at allowing groundwater wells to 80 m below ground without prior authorization. OFG issued general opinion on dangers to water resources and human health. The President of the Republic initiated a constitutionality test of the Constitutional Court, within which OFG submitted

¹⁷https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/20137Voluntary_National_Review_of_Hungary_v2.pdf, pp 65-69

an 'amicus brief'. The outcome: Constitutional Court invalidated the amendment, building extensively on the OFG's argumentation.

- airport noise: several complaints received regarding unbearable noise around Budapest airport, OFG organized a roundtable discussion with Ministry and affected stakeholders. The outcome: night-time flights banned.
- Environmental Liability Regulation: 2 years of background work for a more effective national ELD scheme, discussions with Ministries, insurance companies, private sectors – a complex regulatory proposal has been submitted and is under discussion, aiming at a more efficient PPP scheme.

And at the end of this short presentation, a recent success story: The landmark decision No. 14/2020 (VII. 6.) of the Constitutional Court concerning the amendment of the Forest Act was a major success in nature conservation. Based on the proposal of the OFG, the Commissioner voiced constitutional concerns in relation to the Forest Act in his petition submitted earlier. Upholding a significant part of the Commissioner's concerns, the Constitutional Court annulled most of the problematic provisions amending the Forest Act. The Constitutional Court once again recognized and underlined the importance of preserving biodiversity as a value belonging to the nation's common heritage, and it emphasized the duty of the State to act as a sort of public trust and manage the natural and cultural treasures constituting the shared heritage of the nation for future generations as beneficiaries. This common interest cannot be overridden by any current economic interest of the present generations. Following the Constitutional Court's landmark decision, the OFG issued a public statement for those concerned, taking stock of the tasks which – in consequence of the annulment – were delegated to forestry and nature conservation authorities, administrative and public asset managing bodies, local governments, forest owners and forest managers.

To conclude this short overview, I quote my own words from the World Future Council brochure¹⁸: *«Functioning as an official agent of the “green consciousness” of society, raising awareness on every level of decision making lies at the heart of my work. I believe that sometimes altering the main course comes about through several small steps taken in the right direction. Besides investigating individual complaints, I strive towards establishing a legal environment that provides better chances for environmental interests and gives less grounds for complaints».*

¹⁸See fn. 10, page 9

NOELIA BETETOS AGRELO

Dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Bologna e dell'Università di Santiago de Compostela

noelia.betetos.agrelo@usc.es

**RECENSIÓN A LOURDES DE LA TORRE
MARTÍNEZ, DERECHO E INCERTIDUMBRE:
DISPUTAS METODOLÓGICAS DE AYER Y HOY,
IUSTEL, 2020**

**REVIEW OF A LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ,
*DERECHO E INCERTIDUMBRE: DISPUTAS
METODOLÓGICAS DE AYER Y HOY, IUSTEL, 2020***

RESUMEN

La presente recensión tiene como objetivo el análisis de las principales líneas argumentales desarrolladas por la profesora Lourdes de la Torre Martínez en su última monografía. En particular, la lectura de su obra permite constatar la necesidad de acometer la elaboración de una teoría conceptual y metodológica de carácter general que favorezca la explicación y difusión del conocimiento científico.

ABSTRACT

This review aims to analyze the main plot lines developed by Professor Lourdes de la Torre Martínez in her latest monograph. In particular, the reading of her work makes it possible to confirm the need to undertake the elaboration of a conceptual and methodological theory with a general approach to facilitate the explanation and dissemination of scientific knowledge.

PALABRAS CLAVE: De la Torre Martínez - disputas metodológicas – dogmática - Ciencia jurídica - Derecho europeo

KEYWORDS: De la Torre Martínez - methodological disputes – dogmatic - Legal science - European law

ÍNDICE: 1. Introducción – 2. Análisis de las disputas metodológicas predominantes a principios de siglo XX – 3. Los desafíos del Derecho administrativo en el siglo XXI - 4. Sobre el principio de primacía del Derecho europeo

1. Introducción

La monografía objeto de la presente recensión es el resultado del proyecto investigador presentado por Lourdes de la Torre Martínez en el concurso para el acceso a la plaza de Profesora Titular de Universidad al cual se le ha añadido un prólogo de José Esteve Pardo que sin duda alguna resulta muy esclarecedor. En las siguientes líneas se tratará de analizar y exponer de forma sistemática las principales líneas contenidas en este trabajo.

El Derecho constituye un fenómeno intelectual destinado a dotar a la sociedad de unas pautas de ordenación tendentes a lograr una convivencia pacífica. A lo largo de los siglos muchos han sido los filósofos y juristas que han tratado de crear una ciencia capaz de explicar el método propio con el que opera el Derecho. Así es posible dividir la evolución histórica del análisis metodológico del Derecho en diferentes etapas marcadas por teorías, escuelas de pensamiento o autores de singular relevancia.

La elaboración de una teoría conceptual y metodológica solvente permite a los juristas tomar conciencia y asimilar de forma personal el Derecho, lo que a su vez resulta esencial en el ámbito académico cuando se trata de difundir y explicar el conocimiento jurídico- teórico. A este respecto, se debe precisar que la necesidad de una metodología científica de estudio y de una teoría que permita la formación de conceptos es una preocupación propia de la “vida docente universitaria”, ya que difícilmente será posible transmitir alguna suerte de conocimiento a una audiencia si el interlocutor no ha efectuado, con carácter previo, una labor personal de interiorización, sistematización y entendimiento de la materia u objeto que pretende exponer. Cosa distinta ocurre en el ámbito de la praxis jurídica en el que el problema no se centrará en la creación científica de una teoría del derecho, sino en lograr persuadir con los mejores argumentos que se encuentren a disposición de la parte que cada uno defiende para acreditar que la misma posee un mejor derecho que la contraria, adentrándonos, por tanto, no en el marco de la Ciencia Jurídica sino en el de la retórica.

La presente monografía se estructura en cuatro capítulos más el prólogo antes señalado. En el primero de ellos, la autora expone el planteamiento general que constituye la base de las premisas que van a examinarse en los sucesivos apartados. El segundo capítulo tiene como objeto ahondar en el estudio de las disputas metodológicas que surgieron a principios del siglo XX y que se concretan en las posiciones de dos autores contrapuestos como son Kelsen (defensor del positivismo legalista) y Schmitt (adalid del realismo jurídico). El capítulo tercero, parte central de la monografía, se centra en la exposición del Estado actual del Derecho Administrativo desde el inicio del siglo XXI. En particular, se efectúa un análisis del contexto político, económico y social y se cuestiona si el Ordenamiento jurídico-administrativo vigente es adecuado y suficiente para hacer frente a las complejas demandas que reclama la sociedad en la nueva centuria. Finalmente, el cuarto y último capítulo, aborda de forma específica el fenómeno de la europeización y, en particular, se examina acerca de cuál es el alcance de la interpretación del principio de primacía del Derecho europeo y cómo el proceso de integración ha afectado e influye de forma directa en la configuración del acervo jurídico administrativo.

2. Análisis de las disputas metodológicas predominantes a principios de siglo XX

Tras esta primera y sucinta aproximación al contenido del volumen que se está analizando puede ya intuirse que la labor llevada a cabo por la autora tiene como objetivo esencial caracterizar la metodología y la ciencia jurídica realizada durante este siglo y, en segundo lugar, una vez constatado que no constituyen instrumentos idóneos y útiles para la explicación del Derecho vigente en este momento histórico, la autora trata de explicar las causas que provocan el fracaso de la metodología conceptual y la Ciencia Jurídica contemporáneas. Lo cierto es que la sociedad actual se ha visto afectada por un conjunto de cambios y transformaciones estructurales que han supuesto la quiebra de

numerosos institutos jurídicos de carácter tradicional que han quedado obsoletos para satisfacer las exigencias que se reclaman en el presente.

Para comenzar, como pone de relieve de forma acertada la profesora de la Torre Martínez, el Derecho positivo y el sistema jurídico en general se han mostrado inadecuados para afrontar los retos que la sociedad moderna plantea. Y ello se debe principalmente, aunque no de forma exclusiva, en lo que al ámbito territorial español se refiere, a la concurrencia de cuatro elementos clave. El inicio del siglo XXI ha venido acompañado por una profunda crisis económica financiera; por la inestabilidad política derivada del conflicto independentista catalán; por la aparición de nuevos riesgos derivados de la incertidumbre científica y su necesidad de asunción por la sociedad y de su regulación y control por los poderes públicos y, finalmente, por la evolución de los procesos de globalización y de integración europea, con la consiguiente pérdida de soberanía de los Estados y la creciente interdependencia de los mismos. La combinación de estos factores ha desembocado en la denominada crisis del Derecho o más específicamente en la quiebra del principio de legalidad, cuyo alcance ya no es para adecuado para dar cobertura a los fenómenos señalados. Una vez fijados estos factores de ruptura, la autora expone la preocupación que constituirá el eje central de toda la obra, esto es, la discordancia o el desequilibrio entre dos términos de sobra conocidos por todos como son, “el ser” y “el deber ser”, entre el Derecho mismo y la realidad en la que va a aplicarse. Esta disquisición, que ha generado a lo largo de la historia verdaderos ríos de tinta por parte de filósofos y juristas, vuelve a retomar, si acaso en algún momento se había disipado, una importancia central.

3. Los desafíos del Derecho administrativo en el siglo XXI

El capítulo segundo acomete el estudio en profundidad de las principales disputas metodológicas que se sustanciaron a principios del Siglo XX. La autora reconduce las tendencias de pensamiento predominantes en esta época a las ideas de Hans Kelsen contrapuestas a la tesis defendida por Carl Schmitt. Esta

investigación y las premisas defendidas por los mencionados juristas no han perdido su virtualidad. En el propio volumen se pone de manifiesto la necesidad de efectuar una adecuada revisión de las obras de los mencionados autores ya que permite comprender, al menos en parte, el origen de la problemática que hoy sacude a nuestro sistema. No obstante, tal actividad se ve dificultada a causa de la inexistencia de un método jurídico único, válido y generalmente admitido en la Ciencia Jurídica lo que ocasiona que en el mismo contexto puedan desarrollarse pensamientos metodológicos con enfoques diversos e irreconciliables entre sí. Este es el caso de las teorías defendidas por Kelsen y Schmitt perfectamente resumidas sistematizadas por la profesora de la Torre Martínez, que se configuran como un ejemplo evidente de la dualidad de pensamiento característico en el ámbito jurídico. Por un lado, Kelsen con su positivismo legalista defiende el desarrollo de una teoría pura del derecho desprovista de cualquier tipo de connotación moral o social, entiende el deber ser como un producto intelectual ajeno a la realidad en la que se aplica. Mientras que, por otro lado, Schmitt más apegado a la corriente del realismo entiende que el estudio del fenómeno jurídico requiere tomar en cuenta otros aspectos que le afectan directa o indirectamente como son la política o el contexto socio-económico principalmente. Esta hipótesis lo lleva a centrar su estudio en los períodos de incerteza jurídica porque es en estos momentos de crisis y no en otros cuando el Derecho se ve influido por el juego de partidos acentuándose sus patologías y desmereciéndose los sistemas jurídicos creados por los más brillantes estudiosos de la materia.

Tal y como ya se ha expuesto al inicio de la presente recensión, el comienzo del siglo XXI ha venido acompañado por un conjunto de acontecimientos de distinta naturaleza y alcance (globalización, digitalización, crisis económica, inestabilidad política, el proceso de integración europeo, etc.) que han culminado en la denominada “crisis del Derecho”. Bajo esta denominación se trata de condensar y exponer el hecho de que los ordenamientos y los sistemas

jurídicos actuales en general y los españoles en particular, no pueden emplearse como herramienta aislada para hacer frente a los nuevos desafíos. Nos encontramos, por tanto, ante un panorama en el que el Derecho, como conjunto de reglas y principios aplicables en un determinado contexto histórico que hoy se manifiesta inservible para dar cobertura a las múltiples necesidades que han emergido, reclama una profunda transformación de las instituciones tradicionales.

Más específicamente, en el ámbito propio del Derecho Administrativo, según de la Torre Martínez tres son las principales transformaciones estructurales que se han manifestado. Estas son, primeramente, el cambio del Estado prestacional por un estado meramente garante que asume funciones y potestades de regulación, vigilancia, inspección y/o evaluación, pero que cede a los operadores privados la actividad de prestación misma; la segunda de ellas, sería la huida del Derecho Administrativo como cauce para agilizar la actividad administrativa y, en tercer lugar, el progresivo desarrollo y ampliación del Derecho europeo y el impacto generado por el fenómeno de la globalización. Todos estos factores conjuntamente considerados hacen que el sistema jurídico se tambalee por el desajuste entre las normas y principios existentes y la realidad sobre la cual tratan de aplicarse. Matiza la autora que a pesar de las diversas iniciativas surgidas que buscan la modernización todavía no se ha logrado el resultado pretendido, llegando a afirmar la necesidad de que la doctrina acometa la revisión dogmática de las técnicas e instituciones del Derecho Administrativo en aras asegurar la continuidad y la eficacia del sistema.

4. Sobre el principio de primacía del Derecho europeo

El capítulo final de la monografía aborda el análisis de la posición que ostenta el Derecho emanado de las instituciones europeas en relación con las disposiciones nacionales pertenecientes a los distintos Estados miembros. Como ya se ha mencionado con anterioridad, el proceso de integración europeo ha sido un elemento clave en la renovación del sistema jurídico español. La

europización ha requerido y requiere por parte de los países que desean adherirse a la Unión la obligación de efectuar la correspondiente transferencia de competencias que serán asumidas, a su vez, por esta instancia supranacional con la correspondiente pérdida de soberanía que la cesión lleva aparejada. En idéntico sentido se posiciona la autora al entender que la problemática subyacente no deviene, per se, de la transferencia de los títulos competenciales, sino por cómo va a afectar este extremo al Derecho nacional cuya eficacia se ve desplazada en virtud de los principios de primacía y efecto directo. Asimismo, también resulta fundamental cuestionarse acerca de qué efectos va a provocar esto a nivel interno en lo que respecta al equilibrio competencial entre el Estado y los demás organismos territoriales descentralizados.

Así pues, en un panorama como el que se ha descrito en las líneas precedentes la única conclusión lógica que se puede sostener es que el Derecho reclama a voz en grito una adecuada revisión y adaptación a la realidad en la que está llamado a operar. Para ello, resulta imprescindible que se acometa con la mayor premura la modernización de las estructuras que integran la dogmática jurídica. A tal efecto, para asegurar el éxito de la eventual iniciativa de reforma que se lleve a cabo en su momento, será esencial que se tomen en consideración las condiciones socioeconómicas y políticas que se han comentado a lo largo de la recensión, ya que de no hacerlo nos encontraremos una vez más ante un debate metodológico e intelectual cuyo resultado no aportaría, en la práctica, ningún cambio trascendental.

Por todo lo expuesto hasta este momento, la lectura de esta obra resulta altamente recomendable ya que ayuda a obtener una visión completa acerca de cuáles son los problemas metodológicos que presenta la Ciencia Jurídica en la actualidad. El análisis, efectuado desde una óptica comparatística, permite verificar que no se trata de una preocupación novedosa sino de un problema recurrente que trae consigo la imposibilidad de compatibilizar el Derecho con el contexto social del periodo histórico en el que el primero se encuentra vigente.

Asimismo, ha de destacarse la labor de sistematización y síntesis de la autora que recoge y expone de forma accesible el pensamiento de la doctrina administrativa más autorizada como el de los profesores: Nieto, Carro Fernández-Valmayor, Parejo Alfonso, Jiménez-Blanco, entre otros. La revisión bibliográfica realizada resulta de extrema utilidad para reconstruir y comprender en su totalidad la entidad del problema que precisa de una adecuada solución.

En definitiva, la presente monografía es de gran interés para todos aquellos lectores que deseen abordar o profundizar en una cuestión de tanta relevancia como es el estudio metodológico de la Ciencia Jurídica. Todo ello, mediante el análisis de de los principales inconvenientes o deficiencias que presenta el sistema, así como los nuevos desafíos a los que debe hacerse frente para asegurar la adaptación del Ordenamiento jurídico a las circunstancias en las que va a ser desarrollado y aplicado.

ENRICO MAURO

Ricercatore a tempo indeterminato presso il Dipartimento di Storia Società e Studi sull'uomo
dell'Università del Salento
enrico.mauro@unisalento.it

DI DESTRA E DI 'SINISTRA'

**(A PROPOSITO DI SALVATORE CINGARI, LA
MERITOCRAZIA, EDIESSE, ROMA, 2020, PP. 249)**

OF RIGHT-WING AND 'LEFT-WING'

**(ON SALVATORE CINGARI, LA MERITOCRAZIA, EDIESSE,
ROME, 2020, PP. 249)**

«Questo era lo schema tipico della vita scolastica – un trionfo continuo dei forti sui deboli. La virtù consisteva nel vincere, consisteva nell'essere più grossi, vigorosi, belli, ricchi, benvoli, eleganti, spregiudicati degli altri – nel dominarli, far loro delle prepotenze, farli soffrire, apparire stupidi, avere la meglio in tutti i modi possibili. La vita era organizzata in maniera gerarchica e qualunque cosa succedesse era giusta. C'erano i forti che meritavano di vincere e vincevano sempre, e poi c'erano i deboli che meritavano di perdere e perdevano sempre, incessantemente».

G. ORWELL, *Quelle sì che erano gioie* (1952), in *Id., Autobiografia per sommi capi, Scritti autobiografici* (1929-1952), cura e tr. di F. Così – A. Reposi, Mattioli 1885, Fidenza, p. 52.

«La "civiltà attivistica" valuta l'uomo secondo la sua efficienza, secondo ciò che sa dire e fare. Ma chi baderà a colui che "non può fare", che "si

aggira esaurito per le strade e tra il lavoro degli altri”, che “è sofferente, ed è messo al margine della vita”? [...] Una realtà in cui siano degli sconfitti è una realtà da rifiutare [...]. [...] Forse che la civiltà è qualcosa di diverso, nella sostanza, dall'evitare che i più forti si cibino a spese dei più deboli? Civiltà significa continuo e progressivo sforzo di salvare i piccoli dalla prepotenza ferina dei grandi».

G. CALOGERO, *Aldo Capitini e la «religione aperta»* (1969), in *Id., Difesa del liberalsocialismo ed altri saggi* (1940–1969 più inediti), a cura di M. Schiavone – D. Cofrancesco, Marzorati, Milano, 1972², pp. 314 e 322.

«Forse è proprio perché la nostra società celebra l'iniziativa *individuale* che appare questa esigenza: negare o nascondere l'influenza di coloro grazie ai quali si è cresciuti fa sì che la forza e la capacità di un individuo sembrino qualcosa di totalmente proprio».

R. SENNETT, *Rispetto, La dignità umana in un mondo di diseguali* (2003), il Mulino, Bologna, 2004, p. 95.

SINTESI

Il recente libro *La meritocrazia* di Salvatore Cingari è il tentativo finora più ampio, non solo in Italia, di ricostruire il dibattito fra sostenitori e critici – intellettuali e politici - della meritocrazia. I Paesi studiati più da vicino sono Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia e Francia.

Il libro racconta che la parola «meritocrazia» è stata conosciuta in Inghilterra nella seconda metà degli anni Cinquanta con un significato che è esattamente l'opposto di quello del senso comune: spregiativo, distopico, satirico, antiegalitario, sessista. Quindi il libro narra che il significato originario della parola è stato completamente ribaltato, prima di tutto negli Stati Uniti degli anni Sessanta e

Settanta, ed è divenuto sinonimo, allo stesso tempo, di efficienza, eguaglianza, giustizia.

Questo significato rovesciato del senso comune è paradossale perché molto spesso coloro che invocano più meritocrazia non si rendono conto di invocare non più legalità o onestà, ma più diseguaglianza, magari a proprie spese.

ABSTRACT

The recent book *La meritocrazia* by Salvatore Cingari is the most in-depth attempt so far, not only in Italy, to reconstruct the debate between supporters and critics – intellectuals and politicians – of the meritocracy. The countries most closely studied are Great Britain, United States, Italy and France.

The book narrates that the word «meritocracy» was coined in England in the second half of the fifties with a meaning which is just the opposite of that implied by the common sense: pejorative, distopic, satiric, antiegalitarian, sexist. Then the book narrates that the original meaning of the word has been completely reversed, first of all in the States of the sixties and seventies, and has become synonymous, at the same time, of efficiency, equality, justice.

This reversed meaning of the common sense is paradoxical, because quite often those who invoke more meritocracy do not realise that they are not invoking more legality or honesty, but more inequality, maybe at one's own expense

PAROLE CHIAVE: meritocrazia, merito, eccellenza, valutazione, istruzione

KEYWORDS: meritocracy, merit, excellence, evaluation, education

INDICE: 1. Introduzione – 2. Il libro – 3. Considerazioni conclusive

1. Introduzione

Merito enorme del libro in oggetto, scritto da uno storico delle dottrine politiche che vi porta a compimento più di un decennio di studi, è di essere, a livello planetario, la prima mappatura dei principali snodi teorici e retorico-politici della meritocrazia in senso stretto e della sua critica. Dove per meritocrazia

«in senso stretto» si intende il pensiero che ruota intorno a quel vocabolo, nato - per quel che se ne sa al momento - in Inghilterra negli anni Cinquanta del secolo scorso, e alla problematica posta da coloro che lo coniano e lo usano per primi, mentre di meritocrazia in senso lato si può parlare - ne parla qua e là anche Cingari, per esempio ricordando il Vangelo¹ - in relazione a testi che per ragioni cronologiche non si possono confrontare con quel vocabolo e quella problematica (Vecchio e Nuovo Testamento, Omero, Confucio, Platone, Dante, Leopardi, Hugo, Marx, Nietzsche, Orwell ecc.).

A proposito, la presente discussione di un volume duramente critico della meritocrazia (a dispetto di un titolo dimesso, neutro) inizia con una parola non scelta a caso: «merito». Che è, tutto sommato, una «parola bella», come la chiama Papa Francesco all'ILVA di Taranto, nel 2017, subito prima di denunciare la meritocrazia come «legittimazione etica della diseguaglianza»². Parola da usare serenamente per non farla monopolizzare da chi la usa come sinonimo di «meritocrazia». Possiamo criticare duramente l'uso che il potere fa del merito, come strumento di misurazione, comparazione, classificazione, omologazione, assoggettamento, ma non possiamo negare che «merito» è una categoria che, intesa in senso qualitativo, pluralistico, democratico, antigerarchico, antimeritocratico (proprio così), risulta quanto meno utile.

Il libro di Cingari merita – come dire altrimenti? - di essere letto, recensito, discusso, ma ciò non significa che tale merito sia oggettivamente misurabile e comparabile. «Merito» come premessa dell'ossessione classificatoria della meritocrazia è una cosa; «merito» come qualità, valore, virtù, differenza - che naturalmente non è diseguaglianza, anzi emerge tanto più facilmente quanto più la diseguaglianza economico-sociale è contenuta - è un altro. Sono accezioni contraddittorie – non semplicemente sfumature semantiche - dello stesso vocabolo.

¹ Cfr. *La meritocrazia*, cit., p. 121.

² *Incontro con il mondo del lavoro*, in https://www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2017/may/documents/papa-francesco_20170527_lavoratori-genova.html, 27 maggio.

lo. Ma non è il caso di rassegnarsi al monopolio di chi usa «merito» come sinonimo di «diseguaglianza» o di «gerarchia».

Qual è il percorso di questo libro? E cosa si può suggerire in vista di un'auspicabile seconda edizione, che in primo luogo tenga conto della contemporanea pubblicazione dell'imprescindibile volume del filosofo statunitense Michael J. Sandel intitolato *The tyranny of merit*³, di cui è da poco uscita la traduzione italiana⁴ e a cui Cingari, non avendone potuto tener conto nel libro, ha subito dedicato un articolo⁵?

Finora sono stati tentati solo frammenti più o meno ampi di mappatura, in particolare dalla sociologa britannica Jo Littler, autrice nel 2018 di *Against meritocracy*⁶, con riferimento principalmente agli Stati Uniti e alla Gran Bretagna, e da Sandel, con riferimento principalmente agli USA. Cingari approfondisce soprattutto le vicende statunitensi, quelle inglesi e quelle – finora mai affrontate storiograficamente - italiane, ma non vi mancano riferimenti alla Francia, a Singapore, alla Cina. Il primo capitolo arriva alla caduta del Muro; il secondo alla crisi finanziaria del 2007; il terzo al 2019, anno di uscita dell'importante libro dell'economista, filosofo e giurista statunitense Daniel Markovits, *The meritocracy trap*⁷, di gran lunga il testo più dettagliato scritto finora sull'argomento, che anticipa in vari punti il più godibile Sandel.

³ Sottotitolato *What's become of the common good*, Allen Lane, s.l. (ma Londra). I conti di Sandel con la meritocrazia risalgono almeno al 1982, ossia al volume *Il liberalismo e i limiti della giustizia*, tr. di S. D'amico, Feltrinelli, Milano 1994 (di cui esiste un'edizione 1998²), il cui cap. II si intitola «Possesso, merito e giustizia».

⁴ *La tirannia del merito, Perché viviamo in una società di vincitori e di perdenti*, tr. di C. Del Bò – E. Marchiafava, Feltrinelli, Milano, 2021. Peccato che dal sottotitolo sparisca il «bene comune» (cfr. la nota precedente), considerato che si tratta del principale antidoto proposto contro la «tirannia» del titolo.

⁵ *La tirannia del «merito». Michael Sandel e il contraccolpo populista*, in *Filosofia politica*, 2/2021, p. 303.

⁶ Sottotitolato *Culture, power and myths of mobility*, Routledge, Abingdone (UK) – New York.

⁷ Sottotitolato *How America's foundational myth feeds inequality, dismantles the middle class, and devours the elite*, Penguin Press, New York. Il volume di Cingari lo sottoutilizza per ragioni cronologiche, ma comunque gli dedica un'acuta microrecensione nella sezione «Sentieri per approfondire», pp. 220-221.

È bene premettere, ancora, che lo scrivente non si dilungherà, argomentativamente e bibliograficamente, su autori, magari importanti, sui quali poco ha da aggiungere a quello che scrive Cingari, mentre potrà capitargli di dilungarsi su autori, magari meno significativi, sui quali riterrà che qualcosa in più vada detto.

2. Il libro

La riflessione di Cingari parte non dal sociologo e riformatore sociale britannico Michael Young, ma dal quasi coetaneo sociologo britannico Alan Fox⁸, primo a parlare, in senso profondamente negativo, di «meritocracy» – per quel che se ne sa ad oggi, ripetiamolo –, in un breve articolo del 1956 uscito in una rivista della sinistra laburista, un paragrafetto del quale articolo è intitolato «The meritocracy». Resta, peraltro, la curiosità di sapere se alla precedenza di uscita di Fox corrisponda un'effettiva precedenza di conio, visto che il romanzo di Young di cui si dirà è pubblicato nel 1958 dopo esser stato rifiutato da undici editori⁹ e quindi, probabilmente, nel 1956 è già in gran parte scritto, se non anche intitolato e pronto o quasi. Di Fox, peraltro, non dicono *Wikipedia*, il pur informatissimo Markovits, lo stesso Sandel, uscito, come detto, nel 2020. Cingari, invece, come il sottoscritto, dovrebbe aver saputo di Fox dalla menzionata Littler, che riferisce di aver appreso la notizia da un libro del 2013 di uno storico inglese¹⁰.

Comunque è a Young, tra l'altro uno dei principali autori del manifesto sulla base del quale il Partito Laburista vince le elezioni del 1945, è alla (s)fortuna del suo romanzo intitolato al preteso neologismo «meritocrazia», che si deve la diffusione planetaria del vocabolo. Young è l'unico autore a cui, giustamente, Cingari dedica più di un paragrafo (oltre a continui richiami): i primi due paragrafi del primo capitolo, incentrati sul romanzo, e un paragrafo incentrato sulla

⁸ Su cui cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 23-25.

⁹ Cfr. M. YOUNG, *The rise of the meritocracy*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1994², rist. 2006, p. XI dell'«Introduction to the Transaction edition» (purtroppo non tradotta in italiano nell'ed. 2014, su cui cfr. nota 18).

¹⁰ Cfr. op. cit., p. 32.

quasi altrettanto nota replica, nel 2001, al meritocrate Tony Blair¹¹, nel secondo capitolo.

Blair, ormai in campagna elettorale per il suo secondo mandato, si fa paladino della meritocrazia almeno dal 1995, quando è alla testa del Partito, ma non ancora Primo Ministro¹². Come rileva un giornalista e saggista britannico nel 2001, pochi giorni dopo l'ennesimo discorso di Blair a favore di un'agenda meritocratica di governo, il Primo Ministro, non avendo letto o capito Young, dal 1995 punta a tradurre in realtà politica la satira, le paure, i moniti, la discrasia – meglio che distopia – di Young¹³. Qualche mese dopo, quando Blair ha ormai ottenuto la sua seconda vittoria elettorale, Young pubblica il suo *Down with meritocracy*, cioè «Abbasso la meritocrazia», sottotitolato *The man who coined the word four decades ago wishes Tony Blair would stop using it*¹⁴. Naturalmente il messaggio non potrebbe arrivare più chiaro, ma non per Blair.

Il secondo dei tre paragrafi su Young si conclude con l'esame della prima importante replica al suo romanzo: quella dello statunitense John W. Gardner, psicologo di formazione, tra l'altro finanziatore e amministratore dell'Education Testing Service (istituto privato operativo a Princeton dal 1948 per l'elaborazione e la fornitura dello Scholastic Aptitude Test [SAT], il test di ammissione all'università più diffuso negli Stati Uniti) e Ministro della salute, dell'istruzione e della sicurezza sociale con Lyndon Johnson. Nel 1961 Gardner pubblica *Excellence*, tradotto in italiano nel 1967 (l'anno di *Lettera a una professoressa*),

¹¹ Sulla meritocrazia blairiana cfr. J. LITTLER, *passim* ma specialmente par. intitolato «Blairism and beyond» del cap. III, e M. J. SANDEL, *La tirannia*, cit., *passim* ma specialmente pp. 26-27, 68, 71, 91, 155-156.

¹² Cfr. F. WHEEN, *Satirical fiction is becoming Blair's reality*, in <https://www.theguardian.com/the-guardian/2001/feb/14/features11.g21>, 14 febbraio 2001 (articolo che lo scrivente ha conosciuto leggendo S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 132-133). Per una conferma della data cfr. J. BLOODWORTH, *The myth of meritocracy, Why working-class kids get working-class jobs*, Biteback Publishing, Londra, 2016, pp. 20-30.

¹³ Cfr. il primo riferimento bibliografico della nota precedente. Il discorso di Blair cui si fa riferimento si intitola (un titolo che denuncia la mancata comprensione dell'oggetto) *I want a meritocracy, not survival of the fittest*, (parzialmente riprodotto) in <https://www.independent.co.uk/voices/commentators/i-want-meritocracy-not-survival-fittest-5365602.html>, 9 febbraio.

¹⁴ In <https://www.theguardian.com/politics/2001/jun/29/comment>, 29 giugno 2001.

sotto il titolo *Democrazia e talenti*¹⁵. Gardner giudica il libro di Young, cui dedica un solo paragrafo¹⁶, uno «spiritoso [...] grande[mente] umoris[tico], divertente ed efficace apologo contro l'utopia di una applicazione esclusivistica ed assurda del principio del merito; ma non è un apologo di cui noi abbiamo particolare bisogno. La nostra società ha numerose e potenti difese [fiscali, sindacali, educative, burocratiche] contro questa sorta di eccessi»¹⁷. Tutto a posto, insomma.

Chi prende Young sul serio, invece, avverte già nel 1962 (l'anno dell'introduzione in Italia della scuola media unificata), presentando la propria traduzione in italiano del romanzo, che meritocrazia e democrazia sono forme di Stato e visioni del mondo rivali e inconciliabili: «[A] che varrebbe uno sviluppo dell'economia che compromettesse in modo irreparabile la sostanza della democrazia? Perché il problema è proprio questo: una società tecnocratica e scientificamente gerarchica come *la meritocrazia non ha più posto per la democrazia*. E una scuola tecnocratica e scientificamente gerarchica come quella verso cui convergono già ora, in tutti i paesi industriali, le simpatie di larghi settori della classe dirigente e della popolazione in genere [...] tutto può insegnare fuorché il rispetto e il gusto per la democrazia, il rispetto e il gusto per la pluralità dei valori e le differenze umane. Una scuola che, prefigurando i diversi livelli della struttura occupazionale, si preoccupi soprattutto di anticipare e di sottolineare gli elementi di separazione e di stratificazione [...] sarà probabilmente utile allo sviluppo dell'economia [...], ma assesterà un colpo fatale alle possibilità di [...] avanzamento della democrazia. La democrazia è infatti l'*esatta antitesi* della meri-

¹⁵ Sottotitolo *Can we be equal and excellent too?*, Harper & Row, New York, tr. di P. Locantore – P. Massimi, Armando, Roma. Si cita dall'edizione italiana, benché si sia letta anche l'ampiamente rimaneggiata ed. W. W. Norton and Company, New York - Londra, 1984², rist. 1995, perché, data la prospettiva storiografica del libro di Cingari, ciò che Gardner scrive nel 1961, rispondendo per primo a Young e così influenzando i successivi fautori dell'eccellenza e della meritocrazia, interessa ben più di ciò che Gardner scrive nel 1984. Peraltro, le letture sinora fatte dal sottoscritto non evidenziano una risonanza dell'ed. 1984 paragonabile a quella del 1961.

¹⁶ Cfr. *Democrazia*, cit., par. 3, intitolato «Il trionfo della meritocrazia», del cap. X e p. 201.

¹⁷ Ivi, pp. 185 e 187-188. E cfr. pp. 181-185 quanto alle «difese».

to crazia: e perciò l'alternativa ad una riforma scolastica orientata in senso meritocratico è una riforma che punti alla fondazione di una scuola democratica»¹⁸.

Il libro di Gardner è da ricordare principalmente per due ragioni. In primo luogo, avvia il rovesciamento semantico e assiologico di «meritocrazia»: da incubo a ricetta. Il rovesciamento sarà compiuto da Daniel Bell, di cui si sta per dire, un decennio dopo. Gardner, avendo letto Young, non osa intitolare il proprio testo «Meritocrazia». Lo intitola così a un concetto che gli sembra meno discutibile, meno compromesso dalla profezia del sociologo-romanziero. Nelle opere successive resterà fedele a «*excellence*», che assocerà strettamente a «*leadership*»¹⁹. In secondo luogo, il libro è da ricordare perché inaugura un abbondante filone di studi pro- e antimeritocratici intitolati appunto all'eccellenza²⁰.

Resta da dire che Gardner non viene fuori dal nulla: il suo pensiero è la punta di un iceberg. L'iceberg è il jeffersonismo, ossia, (troppo) in breve, la fede di Thomas Jefferson - uno dei padri fondatori degli Stati Uniti, principale autore della Dichiarazione di indipendenza, terzo Presidente (dal 1801 al 1809) e molto altro - nella diseguale distribuzione naturale dei talenti; il jeffersonismo di personaggi tra i quali spiccano, per restare al periodo precedente il libro di Gardner, James Conant, Presidente dell'Università di Harvard dal 1933 al 1953 e amministratore del già ricordato ETS²¹, e Henry Chauncey, Presidente dell'ETS dalla fondazione al 1970; il jeffersonismo, insomma, della rivoluzione

¹⁸ C. MANNUCCI, *Prefazione a M. YOUNG, L'avvento della meritocrazia 1870-2033* (1958), Edizioni di Comunità, Milano, 1962, p. 22, corsivi aggiunti. Prefazione purtroppo omessa in M. YOUNG, *L'avvento della meritocrazia, Gli uomini sono tutti uguali?* (edizione da cui si cita; il sottotitolo in parte recupera quello originale - *An essay on education and equality* - omesso nell'ed. 1958), Edizioni di Comunità, Roma - Ivrea, 2014, rist. 2015 (è omessa, purtroppo, anche l'importante e già citata introduzione di Young all'ed. 1994).

Da notare che i traduttori del libro di Gardner traducono il titolo del libro di Young come *L'affermazione della meritocrazia* e non citano la traduzione italiana, che risale a ben cinque anni prima: ignoranza o presa di distanza dal libro e dalla *Prefazione* antimeritocratica di Mannucci?

¹⁹ Cfr. *On leadership*, Free Press, New York, 1993². Inoltre, si intitola *Living, leading, and the American dream* la raccolta postuma di scritti, a cura di F. Gardner, Jossey-Bass, Hoboken, 2003.

²⁰ Cfr. nota 249.

²¹ Cfr. *Thomas Jefferson and the development of American public education*, University of California Press, Berkeley, 1962, rist. 2021.

meritocratica creduta democratica in quanto antiaristocratica, che poi si sarebbe rivelata – ma davvero non era prevedibile? - plutocratica (punto su cui insiste in particolare Littler²²) e castale (punto su cui insiste in particolare Markovits²³). Personaggi jeffersoniani sui quali e sui rapporti tra i quali non è il caso di dilungarsi, avendone trattato Cingari²⁴ e, soprattutto, il giornalista statunitense Nicholas Lemann nel volume *The big test*²⁵ e il sociologo statunitense Jerome Karabel nel volume *The chosen*²⁶.

La differenza fondamentale tra il chimico Conant e lo psicologo Gardner è che il secondo è ampiamente consapevole degli spaventosi costi umani dell'eccellenza: «ansietà», «paura»²⁷, «fallimento», «amare sconfitte», «tremenda [...] frustrazione», «amare delusioni»²⁸, «rivalità brucianti», «incertezze diffuse»²⁹, «odiosi confronti»³⁰; e tuttavia ritiene che i benefici di questa «pillola amara»³¹ oltrepassino di gran lunga gli «effetti collaterali»: «La scuola è una strada che offre prospettive dorate ai giovani di talento, ma è anche un'arena in cui i meno dotati scoprono i propri limiti. Questa idea si è affacciata di rado alla mente delle generazioni di americani che concepirono il sogno dell'educazione universale. Essi non pensarono allora alle inevitabili «amarezze di quanti non possedessero sufficiente talento. Ma queste amarezze ci sono e *debbono esserci*»³². Per Young, invece, le stesse amarezze non sono giustificabili³³. A proposito di «arena», ossia della concezione gladiatoria della scuola e, a maggior ragione,

²² Cfr. op. cit., p. XII e *passim*.

²³ Cfr. op. cit., p. 19 e *passim*.

²⁴ Cfr. *La meritocrazia*, cit., *passim* ma specialmente pp. 64-68 e 106-107.

²⁵ Sottotitolato *The secret history of the American meritocracy*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2000², pp. 5-9 e *passim* quanto a Conant; *passim* ma specialmente parr. 1 e 12 quanto a Chauncey.

²⁶ Sottotitolato *The hidden history of admission and exclusion at Harvard, Yale, and Princeton*, Houghton Mifflin Company, Boston – New York, 2005, *passim* ma specialmente capp. 5-6 quanto a Conant; p. 140 e *passim* quanto a Chauncey.

²⁷ *Democrazia*, cit., p. 59.

²⁸ Ivi, pp. 61-62.

²⁹ Ivi, p. 68.

³⁰ Ivi, p. 131.

³¹ Ivi, p. 130.

³² Ivi, p. 122 (corsivi aggiunti).

³³ Su queste differenze di vedute tra Conant, Gardner e Young cfr. M.J. SANDEL, *La tirannia*, cit., pp. 175-176 e 202-203.

dell'università, il menzionato Lemann decostruisce l'omelia di Gardner in meno di sette righe: «[O]ur guiding principle regarding education and opportunity ought to be *the opposite* of the one Gardner implied. The chief aim of school should be not to sort people, but to teach as many people as possibile as well as possible, equipping them for both work and citizenship. Those who like to think of American life as a great race should think of that race as beginning, not ending, when school has been completed. The purpose of schools should be to expand opportunity, non to determine results»³⁴.

Cingari prosegue con la trattazione di tre importanti pensatori antimeritocratici: l'economista e filosofo austriaco, naturalizzato britannico, Friedrich A. von Hayek, il sociologo e filosofo francese Pierre Bourdieu e il filosofo statunitense John Rawls, a ognuno dei quali è intitolato un paragrafo. Il primo e il terzo sono ampiamente discussi anche da Sandel³⁵.

Hayek nel 1960, in una delle sue opere principali, citando due volte Young senza averlo ancora letto (ma avendolo intuito benissimo), critica «merito» in nome della libertà e dell'eguaglianza formale, mentre Rawls, a partire dalla sua opera maggiore, del 1971, critica «meritocrazia» in nome della giustizia. La critica di Rawls, in verità e sia pure *in nuce*, senza un confronto esplicito con Young e con Gardner, risale almeno al 1963 ed è già ben delineata nel 1968³⁶. Sia Hayek che Rawls, poi, criticano la meritocrazia anche sostenendo, per così dire, che *la fortuna del merito oscura indebitamente il merito della fortuna*. Dopo questi autori – e i due cui si accenna nel capoverso successivo – non si potrà più legittimamente dire – ma naturalmente si continuerà a dirlo - che la *meritocrazia del Q.I., della dotazione genetica* sia questione di merito; e nemmeno che sia interamente questione di merito la *meritocrazia dello sforzo, del sacrificio*, perché l'impegno presuppone esempi da emulare (a cominciare dai genitori) e serenità e ri-

³⁴ Op. cit., p. 348 (corsivo aggiunto).

³⁵ Cfr. *La tirannia*, cit., rispettivamente pp. 130-133 e *passim* e 133-138 e *passim*.

³⁶ Cfr. *La libertà costituzionale e il concetto di giustizia e Giustizia distributiva: alcune aggiunte*, in Id., *La giustizia come equità, Saggi 1951-1969*, a cura di G. Ferranti, tr. di F. Catello, Liguori, Napoli, 1995, rispettivamente pp. 120 e 236 e *passim*.

sorse per studiare («una stanza tutta per sé», libri, connessione, lezioni private di discipline scolastiche ed extrascolastiche e così via)³⁷.

Quanto a Bourdieu, sostiene Cingari che è parzialmente anticipato da Lorenzo Milani³⁸. È vero che don Milani, non avendo conosciuto «meritocrazia» e Young, non può rientrare in una storia della meritocrazia in senso stretto, dovendo invece essere 'relegato' tra i precursori della problematica. Tuttavia anticipa, in *Esperienze Pastorali* del 1958, ben prima che in *Lettera a una professoressa* del 1967, sia Bourdieu che Rawls. Quanto a capacità intuitive e letterarie, d'altro canto, sta almeno alla pari con chiunque si sia occupato della problematica.

A partire dal 1964, contemporaneamente a Rawls ma più analiticamente, Bourdieu decostruisce sia l'*ideologia del talento come merito* sia l'*ideologia della coltivazione del talento come merito*. Il sistema dell'istruzione scolastica e universitaria, fondato su queste ideologie, riproduce e consolida l'esistente e giustifica la riproduzione e il consolidamento³⁹.

Il primo capitolo si conclude con paragrafi dedicati rispettivamente al sociologo statunitense Daniel Bell, all'antimeritocratico filosofo statunitense Michael Walzer e al politico socialista Claudio Martelli.

Daniel Bell è un altro passaggio decisivo. In un saggio del 1972 intitolato *On meritocracy and equality*, ripubblicato l'anno successivo, non senza significative modifiche, in uno dei suoi volumi più noti - *The coming of post-industrial society*⁴⁰ -,

³⁷ Né il volume di Cingari né quello recente di Sandel ricordano, però, che in seguito l'economista e filosofo si fa promotore di una forma di governo in qualche misura meritocratica: cfr. in particolare F. A. VON HAYEK, *Il sistema politico di un popolo libero* (1979), in Id., *Legge, legislazione e libertà* (1982, ma 1973, 1976, 1979), tr. di P. G. Monateri, il Saggiatore, Milano, 1986, pp. 483, 485-496, 498-499 (ricordato in un libro di cui si dovrà parlare nelle pagine seguenti: D. A. BELL, *Il modello Cina, Meritocrazia politica e limiti della democrazia*, 2015² [stesso anno della I ed.], tr. di G. Tonoli, Luiss University Press, Roma, 2019, pp. 195-196), sulla base di una serie di scritti che Hayek cita ivi, pp. 479-480, nota 1.

³⁸ Cfr. *La meritocrazia*, cit., p. 56. Don Milani torna a p. 189.

³⁹ Tra i lavori di Bourdieu non menzionati nel libro di Cingari sono da ricordare almeno *Homo academicus* (1984), tr. di A. De Feo, Dedalo, Bari, 2013, e *La noblesse d'État, Grandes écoles et esprit de corps*, Les Éditions de Minuit, Parigi, 1989.

⁴⁰ 1999³, Basic Books, New York. Il saggio in discussione inizia a p. 408 (lo si cita dall'edizione rivista per il volume, rimasta invariata nelle altre due edizioni).

discutendo in particolare l'appena pubblicata teoria della giustizia di Rawls⁴¹, porta a compimento il capovolgimento semantico di «meritocrazia». Dando troppo peso al QI e troppo poco all'ambiente - cita Richard J. Herrnstein, lo psicologo statunitense, skinneriano⁴², futuro coautore del famigerato *The bell curve*, cui si sta per accennare - e prospettando la società postindustriale come «meritocracy», come «credentials society»⁴³, etichetta l'eguaglianza di risultati come «socialist ethic» e l'eguaglianza di opportunità come «liberal ethic»⁴⁴. Dopodiché, per squalificare Rawls e l'eguaglianza dei risultati, gli basta chiudere il sillogismo: «With Rawls, we have the most comprehensive effort in modern philosophy to justify a socialist ethic»⁴⁵, la quale naturalmente non può che essere «rigid, ideological egalitarianism», ossia «complete levelling»⁴⁶, dunque totale disconoscimento di ogni possibile merito. A che serve tentare di replicare quando la logica formale non lascia scampo?

Il discorso si conclude con un paragrafo intitolato «A just meritocracy»⁴⁷:
«A meritocracy is made up of those who have earned their authority. An unjust

⁴¹ Cfr. D. BELL, *On meritocracy*, cit., pp. 433 e 440-456.

⁴² Cfr. *ivi*, pp. 410-414 ma specialmente p. 412. A p. 411, peraltro, compare la «bell-shaped curve», su cui si dovrà tornare. Risulta solo dalla riedizione del saggio in volume che il riferimento è a un articolo di Herrnstein del 1971, che si sarebbe sviluppato nel volume *I.Q. in the meritocracy*, Atlantic Monthly Press – Little, Brown and Company, Boston – Toronto, 1973, non citato nel contemporaneo volume di Bell, né in quello di Cingari. Sempre a p. 412 Bell ricorda che Herrnstein si rifà allo psicologo statunitense Arthur Jensen, autore nel 1969 del lungo saggio in rivista, non citato forse perché all'epoca sulla cresta dell'onda, che scatena il lungo dibattito, in cui si inseriscono l'articolo e il libro di Herrnstein, sull'intelligenza unidimensionale e tendenzialmente ininfluenzabile dall'ambiente.

Chi non abbia confidenza con lo skinnerismo, ossia con la versione estrem(istic)a del comportamentismo, psicologia che nega la psiche e che studia gli umani osservando topi e piccioni, può iniziare a farsene un'idea – e a farsi un'idea dei danni educativi e lavorativi che produce - da A. Kohn, *Punished by rewards, The trouble with gold stars, incentive plans, A's, praise, and other bribes*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston – New York, 2018³, che tra l'altro contiene un'app. A intitolata «Conversation with B. F. Skinner».

⁴³ Cfr. *On meritocracy*, cit., rispettivamente pp. 409 e 414, ma cfr. anche p. 426.

Sul pregiudizio credenzialista, che scava un fossato economico-sociale tra laureati (o più-che-laureati) e non-laureati (o meno-che-laureati), cfr. M. J. SANDEL, *La tirannia*, cit., *passim* ma specialmente cap. 4, intitolato «Credenzialismo. L'ultimo pregiudizio accettabile», e M. BOVENS – A. WILLE, *Diploma democracy, The rise of political meritocracy*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

⁴⁴ *On meritocracy*, cit., p. 433, ma cfr. *passim*.

⁴⁵ *Ivi*, p. 444.

⁴⁶ *Ivi*, rispettivamente pp. 452 e 453.

⁴⁷ *Ivi*, p. 451.

meritocracy is one which makes these distinctions invidious and demeans those below»⁴⁸. Come dire che le diseguaglianze meritate, non ereditate, sono sempre giuste; basta non farle pesare, non umiliare. In altri termini, la meritocrazia è per definizione giusta alla sola condizione di essere «well-tempered»⁴⁹.

Già Gardner, che Bell cita di sfuggita⁵⁰, scrive che, «nella sua forma moderata», ciascuna di queste soluzioni, l'egualitarismo e l'*agonismo*, è necessaria [...] a una società sana»⁵¹. Ma in Bell il ruolo della fortuna è completamente sconosciuto⁵² e il costo psicosociale della competizione è altrettanto sconosciuto. E questo doppio disconoscimento gli permette di non provare l'imbarazzo di Gardner nell'intitolare il suo contributo a «meritocrazia» anziché a «eccellenza» e di teorizzare la meritocrazia giusta senza badare a Young, che è chiamato in causa solo implicitamente nell'ultima nota del saggio, aggiunta in occasione della riedizione in volume (Gardner non prende sufficientemente sul serio Young, ma Bell non lo degna di menzione)⁵³.

In *Sfere di giustizia* di Walzer, del 1983⁵⁴, la fine distinzione tra le sfere distributive dona alla critica antimeritocratica un contributo di chiarezza che non ha pari in libri precedenti o successivi. Per il resto, la trattazione, approfondita, ridimensionante, smitizzante, sostanzialmente coniuga una critica liberale (alla Hayek) e una critica egualitaria (ma non di segno rawlsiano)⁵⁵. E un autore altrettanto interessante è lo storico e sociologo statunitense Christopher Lasch, al cui postumo *La rivolta delle élite*, del 1995⁵⁶, Cingari dedica, nel secondo capitolo, la stessa attenzione che al libro di Walzer, pur senza l'onore dell'intitola-

⁴⁸ Ivi, p. 453.

⁴⁹ Ivi, p. 455.

⁵⁰ Cfr. ivi, p. 445, nota 95.

⁵¹ *Democrazia*, cit., p. 40 (corsivo aggiunto), ma cfr. pp. 39-41 e *passim*.

⁵² Quanto al ruolo della fortuna in Gardner cfr. ivi, p. 51 e *passim*.

⁵³ Cfr. *On meritocracy*, cit., pp. 455-456, nota 111.

⁵⁴ Tr. di G. Rigamonti, Laterza, Roma – Bari, 2008² (il sottotitolo inglese, *A defense of pluralism and equality*, è ricordato, ma non riproposto).

⁵⁵ Per la distanza da Rawls cfr. ivi, *passim* ma specialmente p. 14. Cfr. anche S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., p. 71 ma specialmente pp. 99-100, dove è considerato un intervento di Walzer, in qualche misura innovativo, del 1993.

⁵⁶ Sottotitolato *Il tradimento della democrazia* (ma il sottotitolo italiano è parte, a pieno... titolo, del titolo originale), tr. di C. Oliva, Neri Pozza, Vicenza, 2017.

zione di un paragrafo⁵⁷. La meritocrazia è «rivolta delle élite», ossia lotta di classe dei ricchi contro i poveri⁵⁸, dunque «tradimento della democrazia»⁵⁹, anzi sua «parodia»⁶⁰.

Quanto a Martelli, dirigente nazionale del Partito Socialista Italiano dal 1976 (dall'elezione a Segretario di Bettino Craxi), Deputato dal 1979 e Vice-segretario del Partito dal 1981, è merito di Cingari aver individuato in una serie di suoi discorsi politici tenuti tra il 1977 e il 1987 (anno della caduta del Governo Craxi II) e (in gran parte inediti, pare) raccolti in volume lo stesso anno sotto il titolo *Il merito e il bisogno*⁶¹ il fatto politico ed editoriale che in Italia fornisce al discorso meritocratico un'autorevole legittimazione e divulgazione, decisamente in anticipo rispetto alla «terza via» britannica, di cui si dirà, del Primo Ministro Tony Blair e del sociologo e politologo Anthony Giddens⁶². In particolare in interventi svolti il 1982 e il 1986, a partire da quelli del 1982 intitolati *Per un'alleanza riformatrice tra il merito e il bisogno* e *Ragionando su meriti e bisogni*⁶³, Martelli compie un'operazione politica ben precisa: il nuovo PSI non può accontentarsi dei voti provenienti dai bisognosi e, dunque, deve aprirsi a una platea ben più ampia di potenziali militanti e simpatizzanti, quella dei meritevoli: «ceto intellettuale[,] manageriale, tecnico, professionale, imprenditoriale»⁶⁴. Per convincere i meritevoli che il socialismo (liberaldemocratico, europeo, occidentale, modernizzatore ecc.) può essere la loro casa, afferma che «dobbiamo porci in condizione di reggere la competizione economica internazionale e, dunque,

⁵⁷ Cfr. *La meritocrazia*, cit., pp. 103-108, 111, 189-190.

⁵⁸ Cfr. C. LASCH, *La rivolta*, cit., p. 115.

⁵⁹ Cfr. *ivi*, p. 255 (commento all'indicazione bibliografica del romanzo di Young).

⁶⁰ *Ivi*, p. 47.

⁶¹ SugarCo, Milano.

⁶² Cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 87, 127, 129.

⁶³ Esauriscono il contenuto di *Id.*, *Per una alleanza riformatrice tra il merito e il bisogno*, numero di settembre 1982 dei *Quaderni di politica* de *Il compagno* (a cura della Sezione Propaganda e Comunicazione del PSI). Nel volume il primo titolo del quaderno è *L'alleanza riformista: il merito e il bisogno* e i due testi (rispettivamente intervento alla Conferenza programmatica del PSI, Rimini, 31 marzo – 4 aprile 1982, e relazione alla II Convenzione nazionale del Club dei Club, Bari, 28-29 maggio 1982) sono poco meno che identici, per cui si cita dal volume, (appena) meno introvabile del quaderno.

⁶⁴ *Il merito*, cit., p. 163, ma cfr. *passim*.

dobbiamo favorire l'accumulazione, gli investimenti e l'innovazione e dobbiamo premiare il merito, la competenza, la professionalità, l'imprenditorialità, «dall'industria al sistema scolastico»⁶⁵.

Nemica del detestato «egualitarismo», «meritocrazia» compare nel libro due volte, in un discorso del 1982 (il primo dei due appena citati) e in uno del 1985, in entrambe le occasioni in senso positivo, senza apparente consapevolezza di un suo possibile senso, magari originario, negativo⁶⁶. Tanto è vero che Martelli si dichiara contrario alla «società delle gomitate e del fai-da te»⁶⁷, non sospettando che la meritocrazia sia stata coniata per indicare proprio la «società delle gomitate», la società in cui la solidarietà è debolezza, colpa.

Ma, a parte le occorrenze esplicite di «meritocrazia», l'idea più ricorrente nell'intero libro è la critica dell'eguaglianza dei risultati, dell'«ingiusto egualitarismo [che] danneggia i più capaci», del livellante «egualitarismo contrattuale, legislativo e sindacale» e «retributivo»⁶⁸. Poiché il principale problema sociale non è la diseguaglianza, ma la povertà⁶⁹, il socialismo del nuovo corso craxiano è a favore dell'eguaglianza dei punti di partenza, delle opportunità, certo, ma, per evitare equivoci, «preferi[sce] parlare di equità anziché di eguaglianza», perché «[l]'eguaglianza richiama l'idea di un livellamento, di una pianurizzazione dei meriti e dei bisogni», quindi è «fonte di iniquità e inefficienze che penalizzano innanzitutto la povera gente», mentre l'«equità [...] tiene conto delle differenze individuali di merito»⁷⁰, quindi contrasta le «spinte demagogico-egualitarie» «di-stru[ttive] delle differenze», per le quali «tutti sono uguali a tutti, sempre e comunque, non c'è più merito»⁷¹.

Possibile che Martelli non veda una via di mezzo tra «egualitarismo cieco»⁷² e diseguaglianze economico-sociali intollerabili, lesive della dignità? Possi-

⁶⁵ Ivi, rispettivamente pp. 158 e 146.

⁶⁶ Ivi, pp. 116 e 197.

⁶⁷ Ivi, p. 147, ma cfr. anche p. 162.

⁶⁸ Ivi, rispettivamente pp. 143, 145, 219.

⁶⁹ Cfr. ivi, pp. 138-142 e *passim*.

⁷⁰ Ivi, p. 219, ma cfr. *passim*.

⁷¹ Ivi, p. 89.

⁷² Ivi, p. 253.

bile che non contempra nel suo universo concettuale e assiologico la riduzione delle diseguaglianze, cioè il principio intorno a cui ruota l'intera Costituzione italiana (art. 3, c. 2) e che è stato il parto di due socialisti (il costituente Lelio Basso e il suggeritore esterno Massimo Giannini, Capo di Gabinetto al Ministero per la Costituente, nominato dal Ministro Pietro Nenni)? Possibile gli sfugga che proprio l'esaltazione delle differenze di tutti ha bisogno che tutti abbiano quanto consenta loro di formarsi e di autorealizzarsi? Se pochissimi hanno moltissimo e moltissimi hanno pochissimo, le potenzialità di moltissimi non possono attuarsi. *Questo* è appiattimento, non la riduzione delle diseguaglianze.

Il secondo capitolo del libro di Cingari si avvia con una discussione della meritocrazia di Singapore, importante come fonte confuciana di ispirazione soprattutto per la meritocrazia cinese; discussione che tiene conto sia di letteratura occidentale, sia di letterature autoctone ma non del tutto schiacciata sui valori confuciani⁷³. In particolare, in un articolo di un economista locale torna la distinzione, già presente in Gardner e in Bell, peraltro non citati, *Good meritocracy, bad meritocracy*⁷⁴: la prima, chiamata anche «trickle-up meritocracy» (del gocciolamento verso l'alto) ed esemplificata dalla «meritocracy of Silicon Valley»⁷⁵, è «desirable», «just and legitimate»⁷⁶, compatibile con democrazia e redistribuzione⁷⁷; la seconda, chiamata anche «trickle-down meritocracy» ed esemplificata dalla «meritocracy of Wall Street»⁷⁸, è «malignant», «purer, more competitive», «toxic»⁷⁹, promotrice di diseguaglianza⁸⁰, di «selfish, me-first mentality»⁸¹, di gra-

⁷³ Cfr. D. LOW - S. T. VADAKETH (a cura di), *Hard choices, Challenging the Singapore consensus* (2011-2013, quasi tutti rivisti, più inediti), NUS Press, Singapore, 2014, rist. 2019.

⁷⁴ D. LOW (2013, rivisto), *ivi*, p. 48.

⁷⁵ *Ivi*, rispettivamente pp. 57-58 e 55.

⁷⁶ *Ivi*, rispettivamente pp. 49 e 55, ma cfr. p. 57.

⁷⁷ Cfr. *ivi*, pp. 56-58.

⁷⁸ *Ivi*, rispettivamente pp. 56-57 e 54-55.

⁷⁹ *Ivi*, rispettivamente pp. 49, 50, 54.

⁸⁰ Cfr. *ivi*, p. 48.

⁸¹ *Ivi*, p. 51.

vissimi problemi di salute fisica e mentale⁸², disgregatrice di «social trust, cooperation, and cohesion»⁸³.

Il modello singaporiano torna più volte nel libro, sia per i suoi ammiratori italiani⁸⁴, sia perché ampiamente discusso e perlopiù applaudito dall'autore cui è intitolato il paragrafo che chiude il volume. Quindi, dopo essere brevemente tornato su Walzer e aver discusso vari autori tra cui il già ricordato Lasch, il capitolo tratta del famigerato *The bell curve*, di Giddens, di Blair e di nuovo di Young (ma allo Young del 2001 e al suo rapporto con Blair si è già accennato).

Nel 1994 esce negli Stati Uniti, in cui da tempo «meritocrazia» è nozione rielaborata in senso diametralmente antiyoungiano, *The bell curve*⁸⁵, volumone del già ricordato Herrnstein e del politologo Charles Murray, già noto per un libro contro lo Stato sociale pubblicato esattamente un decennio prima⁸⁶ e autore poi di altri volumi innatisticamente orientati⁸⁷. È l'episodio più triste della storia del pensiero meritocratico, anche in ragione del successo editoriale del libro: un libro apertamente razzista, classista, antidemocratico, che riapre un dibattito statunitense, quello sul QI geneticamente e imm modificabilmente inferiore dei neri (poveri) che non si è assopito da molto. Come già accennato, il nucleo del lavoro di Herrnstein risale al 1971 e già nel 1973 trova un primo svolgimento monografico.

Nonostante la mole, il libro del 1994, come sostiene uno dei suoi critici più autorevoli e severi, lo statunitense Stephen J. Gould, biologo, zoologo, paleontologo, geologo, e storico della scienza, «non contiene nuove tesi e non

⁸² Cfr. *ivi*, p. 51, ma cfr. anche p. 48.

⁸³ *Ivi*, p. 50.

⁸⁴ Uno, di cui si dirà in queste pagine, è menzionato da S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., p. 153. Per un altro cfr. *ivi*, p. 187.

⁸⁵ Sottotitolato *Intelligence and class structure in American life*, Free Press Paperbacks, New York, 1996².

⁸⁶ *Losing ground, American social policy 1950-1980*, Basic books, New York, 1994².

⁸⁷ Tra i quali di particolare interesse in questa sede *Real education, Four simple truths for bringing America's back to reality*, Three Rivers Press, New York, 2008.

espone dati interessanti a supporto del suo anacronistico darwinismo sociale»⁸⁸. Nonostante la mole, *The bell curve* è solo un «capolavoro retorico di scientismo» e «può essere sì e no definito un trattato accademico sulla teoria sociale e sulla genetica della popolazione. Il libro è un manifesto della teoria conservatrice, e il suo misero e distorto trattamento dei dati ne rivela il proposito principale: la perorazione di una causa»⁸⁹. La causa, inutile dirlo, è la riduzione della spesa sociale: «la [periodica] rinascita del determinismo biologico è collegata a episodi di trinceramento politico, in particolare alle campagne a favore della riduzione delle spese per le politiche sociali, o ai momenti di tensione fra le élite dominanti, quando i gruppi svantaggiati seminano una preoccupante discordia sociale o addirittura minacciano di usurpare il potere. Quale argomentazione contro la possibilità di mutamenti sociali potrebbe essere più cinicamente probante dell'affermazione secondo cui l'ordine sociale prestabilito, con alcuni gruppi al vertice e altri in basso, esiste in quanto esatto riflesso delle innate e immutabili capacità intellettuali degli individui così classificati?»⁹⁰. Il biodeterminismo è un'«arma sociale», che consente di imputare l'inferiorità economico-sociale all'«innata inettitudine» anziché alle «scelte sfavorevoli della comunità»⁹¹: «Perché lottare e spendere per innalzare l'irrecuperabile QI delle razze o delle classi sociali ai margini della scala economica? Meglio accettare semplicemente gli infausti dettami della natura e risparmiare una parte di fondi federali (potremmo così sostenere più facilmente le diminuzioni della tassa sul patrimonio!)»⁹².

Quali, dunque, le principali ragioni del successo editoriale? Visto che non si tratta di tesi nuove o di ragioni nuove per vecchie tesi, si tratta della combina-

⁸⁸ *Intelligenza e pregiudizio* (titolo originale: *The mismeasure of man*), *Contro i fondamenti scientifici del razzismo* (1996²; il sottotitolo compare solo nella traduzione), tr. di A. Zani, il Saggiatore, Milano, 2016, p. 387, ma cfr. pp. 24, 30, 388. L'edizione 1996² si differenzia dall'edizione 1981 per un'«Introduzione» e un «Epilogo» scritti in risposta proprio a *The bell curve*, ma l'autore precisa che già la prima edizione si può considerare scritta a confutazione del libro di Herrnstein e Murray, in quanto scritta a confutazione dell'articolo di Herrnstein del 1971, rispetto al quale quel libro «non presenta niente di nuovo» (pp. 29-30).

⁸⁹ Ivi, rispettivamente pp. 391 e 398.

⁹⁰ Ivi, p. 21.

⁹¹ Ivi, p. 20.

⁹² Ivi, p. 21, ma cfr. pp. 22-25, 387-388, 398.

zione tra una «campagna pubblicitaria brillante»⁹³ e di un «grado di consenso sociale», un «terreno politico di nuovo fertile. C'è da stupirsi che la pubblicazione di *The bell curve* abbia coinciso [1994] con la vittoria alle elezioni dei repubblicani [la maggioranza alla Camera dei Rappresentanti torna repubblicana dopo quarant'anni] di Newt Gingrich [Presidente della Camera e capo dell'opposizione a Bill Clinton], e a un nuovo periodo di restrizioni nel campo delle politiche sociali senza precedenti nell'arco della mia vita? Taglio di ogni programma di servizi sociali per i veri bisognosi; termine delle sovvenzioni per i beni artistici (ma nemmeno la sottrazione di un centesimo, Dio ce ne guardi, all'esercito); pareggio del bilancio pubblico [...]. Forse sto esagerando, ma si può mettere in dubbio la consonanza di questa avara politica con una tesi secondo cui la spesa sociale non può avere alcuna efficacia perché, al contrario di ciò che temeva Darwin, la miseria dei poveri sarebbe una conseguenza delle leggi della natura e dell'inevitabile innata dei diseredati?»⁹⁴. E, comunque, *The bell curve* ha trovato repliche numerose, autorevoli, scientifiche, benché meno commercialmente appetibili⁹⁵.

Il 1994 è anche l'anno in cui il giornalista britannico Adrian Wooldridge, paladino della psicomètria, pubblica *Measuring the mind*⁹⁶, libro le cui dimensioni e il cui titolo non esplicitamente richiamante la «meritocrazia» non gli hanno consentito la stessa fortunata circolazione che ha avuto l'opuscolo che ne è de-

⁹³ Ivi, p. 25, ma cfr. p. 387.

⁹⁴ Ivi, rispettivamente pp. 387 e 25.

⁹⁵ Alle repliche indicate da S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., p. 112, e a quella di cui alla nota 88 si possono aggiungere, p. es., quelle raccolte in B. DEVLIN *et al.* (a cura di), *Intelligence, genes, and success, Scientists respond to The bell curve*, Springer-Verlag, New York, 1997, la cui «Preface», a firma dei quattro curatori, dà un'idea dell'ampiezza del dibattito, e in C. JENCKS - M. PHILLIPS (a cura di), *The black-white test score gap*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 1998. Vale forse la pena di ricordare che il sociologo statunitense Christopher Jencks è già protagonista del ricordato dibattito avviato sugli stessi temi nel 1969 da Jensen e alimentato dall'articolo e dal libro di Herrnstein: cfr. C. JENCKS *et al.*, *Inequality, A reassessment of the effect of family and schooling in America*, Basic Books, New York - Londra, 1972, e ID. *et al.*, *Who gets ahead?, The determinants of economic success in America*, Basic Books, New York, 1979.

⁹⁶ Sottotitolato *Education and psychology in England, c. 1960-1990*, Cambridge University Press, Cambridge.

rivato l'anno successivo sotto il titolo *Meritocracy and the 'classless society'*⁹⁷. Wooldridge esalta la meritocrazia in funzione individualistica, mercatistica, antisindacalistica, antiwelfaristica. Verso la fine dell'opera minore si legge: «We need to replace the welfare state with the opportunity state». Come in tutti i teorici e i pratici della meritocrazia, il problema sono gli indigeribili anni Sessanta e Settanta.

A questo punto, dunque, anche al di qua dell'Atlantico la meritocrazia è il contrario dell'incubo di Young: una società giusta, perché fondata sul merito, ed efficiente, perché premiare il merito aumenta l'efficienza, dunque la crescita economica. Poco importa se il merito è ciò che stabilisce chi ha il potere di stabilire cos'è il merito; se l'intelligenza non è misurabile (e non esiste, visto che più ragionevolmente esistono intelligenze); se i bisogni fondamentali – di dignità, di autorealizzazione, di felicità - restano insoddisfatti; se gli esclusi non possono alimentare la domanda di beni e servizi; se i premi al merito, in quanto motivatori estrinseci, perlopiù e soprattutto al di là del breve periodo e con riferimento ai compiti che richiedono creatività, sono in realtà demotivanti, cioè riducono la quantità e soprattutto la qualità delle prestazioni, al lavoro, a scuola, a casa⁹⁸.

Il 1994 è ancora l'anno in cui Blair diviene segretario del Partito Laburista. Perlomeno, come detto, dall'anno successivo inizia la sua predicazione meritocratica⁹⁹, che lo porterà a tre vittorie elettorali (1997, 2001, 2005) e a un decennio ininterrotto di governo. Cingari parla di Blair dopo aver parlato di Gid-

⁹⁷ The Social Market Foundation, Londra. Sia S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., p. 122, sia, ancor più stranamente, la britannica J. LITTLER, op. cit., pp. 41-43, citano solo l'opuscolo.

⁹⁸ Cfr., vista la vastità delle bibliografie offerte, A. KOHN, *La fine della competizione* (1992²; ma il titolo originale, *No contest*, ha un accento assiologico-prescrittivo che la traduzione converte in fattuale-descrittivo), tr. di M. Porzio, Baldini & Castoldi, Milano, 1999, *passim* ma specialmente cap. III, intitolato «La competizione è più produttiva? I vantaggi del lavorare insieme», e ID., *Punished*, cit., *passim* ma specialmente capp. III-IV e VII, intitolati «Is it effective to reward?», «The trouble with carrots: four reasons rewards fail» (i cui parr. 2 e 4 sono intitolati «Rewards rupture relationships» e «Rewards discourage risk-taking»), «Pay for performance: why behaviorism doesn't work in the workplace».

⁹⁹ Per citazioni da vari discorsi cfr. F. WHEEN, op. cit. Quasi identico l'elenco di citazioni in J. BLOODWORTH, op. cit., pp. 29-30.

dens, ma forse l'ordine avrebbe potuto essere invertito, perché è vero che lo studioso costituisce per il Primo Ministro un ispiratore, su vari temi, almeno dal noto *Oltre la destra e la sinistra* (un titolo che è di per sé un programma tecnomeritocratico), datato proprio 1994¹⁰⁰, ma è anche vero che, quando lo studioso giunge a occuparsi di meritocrazia, nel celebre seguito del 1998, *La terza via*¹⁰¹, Blair ha già convintamente riconfigurato il Partito Laburista come partito dell'eguaglianza delle opportunità, della mobilità sociale, della meritocrazia e, su questa base programmatica, lo ha già portato al potere. Pare dunque che Giddens non spinga Blair verso la meritocrazia, ma conferisca, e non da subito, 'dignità' teorica a una via che Blair ha, da subito, convintamente intrapreso. I primi ispiratori della meritocrazia blairiana sono piuttosto Margaret Thatcher, Ronald Reagan, Bill Clinton¹⁰².

Peraltro, è vero, come ricorda Cingari, che il Giddens del 1998 identifica «uguaglianza delle opportunità» e «meritocrazia» con il «modello neoliberista», di cui teme la pericolosità per la «coesione sociale»¹⁰³. Ma è anche vero che nel 1998 Giddens è contrario solo a una «società radicalmente meritocratica», a una «piena meritocrazia», perché «una società pienamente meritocratica non è soltanto irrealizzabile, è un'idea autocontraddittoria. [...] In un simile ordine sociale, i privilegiati riusciranno di necessità a trasmettere vantaggi ai propri figli, distruggendo in tal modo la meritocrazia»¹⁰⁴; mentre non è affatto contrario a una «società inclusiva» che abbia tra i suoi pilastri una «meritocrazia limitata»¹⁰⁵,

¹⁰⁰ Tr. di P. Palmiello, il Mulino, Bologna, 1997.

¹⁰¹ Sottotitolato *Manifesto per la rifondazione della socialdemocrazia*, tr. di L. Fontana, il Saggiatore, Milano, 2001.

¹⁰² Quanto in particolare all'ispirazione clintoniana di Blair cfr. A. GIDDENS, *Where now for New Labour?*, Polity, Cambridge - Malden, 2002, *passim* ma specialmente pp. 23-24 e 33-34, e, duramente critico, F. ROMANO, *Clinton and Blair, The political economy of the Third Way*, Routledge, Abingdon (UK) - New York, 2006.

¹⁰³ Cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., p. 122, che richiama *La terza via*, cit., pp. 102-103.

¹⁰⁴ *Ibid.* Cfr. anche P. DIAMOND - A. GIDDENS, *The new egalitarianism: economic inequality in the UK*, in A. Giddens - P. Diamond (a cura di), *The new egalitarianism*, Polity, Cambridge - Malden, 2005, p. 108: «Pure meritocracy is incoherent because, without redistribution, one generation's successful individuals would become the next generation's embedded caste».

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 106.

la quale riporta alla mente l'«agonismo moderato» di Gardner e «la well-tempered meritocracy» di Bell, di cui si è detto. Quanto precede induce a vedere nel passaggio giddensiano tra *La terza via* e *Where now for New Labour?*, del 2002, non uno «scenario [...] mutato radicalmente»¹⁰⁶, ma solo una un po' più convinta ed esplicita adesione alla fede meritocratica. Fede che ora consente al consigliere del Primo Ministro di dire, tra l'altro: «We should want a society that is more egalitarian than is today, but which is more meritocratic and pluralistic [...]. A meritocratic approach to inequality is inevitable»¹⁰⁷.

Quando qualcosa è qualificato come «inevitabile», non c'è margine di discussione. Di certo non è chiaro come si possano conciliare, da un lato, più eguaglianza e più meritocrazia e, dall'altro, più meritocrazia e più pluralismo, visto che non c'è reale apertura alle differenze dei progetti di vita senza significative riduzioni delle diseguaglianze socio-economiche. Come possono esprimersi le differenze di tutti in una società che meritocraticamente concentri ricchezza e riconoscimento in capo a pochi o pochissimi? Forse per Giddens la risposta è la mobilità sociale, ma perché, ammesso e non concesso che una società meritocratica sia socialmente mobile, devono poter esprimere se stessi solo coloro che, in ogni momento, siano al vertice della piramide sociale?

Negli ultimi due paragrafi del secondo capitolo Cingari discute le posizioni, quasi sempre promeritocratiche, di più o meno noti intellettuali italiani e di politici italiani di primissimo piano che tra il 2000 e lo scoppio della crisi finanziaria si impegnano a spostare verso il centro, verso un centro neolibertistico, il senso comune dell'elettorato e l'agenda politica dei partiti 'suceduti' al Partito Comunista Italiano. Operazione ideologica ormai facile dopo Martelli, Clinton, Blair e le altre varianti della «terza via».

¹⁰⁶ S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., p. 122.

¹⁰⁷ *Where*, cit., p. 38, ma cfr. pp. 39-43 e 80. Giddens non torna sulla meritocrazia nel volume, cronologicamente intermedio, *Cogliere l'occasione, Le sfide di un mondo che cambia (The third way and its critics*, 2000; il titolo italiano non fa capire che si tratta della «continuazione» [p. 9] del libro del 1998 e il sottotitolo, oltre che generico, è inventato di sana pianta), tr. di D. Francesconi, Carocci, Roma, 2000. Torna invece sulla meritocrazia in P. DIAMOND – A. GIDDENS, *The new egalitarianism*, cit., pp. 107-108.

Quanto ai politici, Cingari qui ricorda Walter Veltroni, tra l'altro segretario dei Democratici di Sinistra e primo segretario del Partito Democratico, e Piero Fassino, tra l'altro ultimo segretario dei DS (succeduto a Veltroni)¹⁰⁸ Quanto agli intellettuali, Cingari fa diversi nomi, ma qui si sceglie di ricordarne due: il giornalista, saggista, futuro assessore fiorentino alla cultura (con Matteo Renzi) Giuliano da Empoli, che, in un libro del 2000, difendendo lancia in resta l'americanismo e il darwinismo sociale, non può accontentarsi della metafora sportiva e deve ricorrere a quella bellica¹⁰⁹; e gli economisti, giornalisti, saggisti Alberto Alesina e Francesco Giavazzi, che nel 2007 pubblicano un saggio dal titolo provocatorio, *Il liberismo è di sinistra*, contenente un capitolo altrettanto provocatoriamente intitolato *La meritocrazia è di sinistra*¹¹⁰.

Questo capitolo merita un breve indugio anche da parte dello scrivente. Senza entrare nel dettaglio delle discutibilissime proposte su scuola e università, dunque restando sulle linee generali, va detto, in primo luogo, che può darsi che il liberismo e la meritocrazia siano di 'sinistra', ma bisognerebbe capire se la 'sinistra' sia ancora di sinistra. In secondo luogo, se non si riserva nemmeno un rigo alla Costituzione italiana, la sinistra può ormai essere qualunque cosa. In terzo luogo, non distinguere «merito» da «meritocrazia» - cioè non prendere sul serio la «-crazia» - può condurre a discorsi non solo non sono scientifici, ma nemmeno di buon livello giornalistico: il fatto che «[i]l Sessantotto [...] ha

¹⁰⁸ Cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 146 e 167. A p. 146 cita W. VELTRONI, *La nuova stagione, Contro tutti i conservatorismi*, Rizzoli, Milano, 2007, discorso-programma (tenuto il 27 giugno 2007 e integrato per la pubblicazione) di candidatura a Segretario del nascente Partito Democratico, in cui si progetta una democrazia decisionistica (cfr. *passim* ma specialmente pp. 97 e 101) che abbia, tra l'altro, le seguenti caratteristiche: l'eguaglianza è solo quella dei punti di partenza (cfr. *passim* ma specialmente pp. 125-126); la lotta contro la povertà non ha bisogno di essere accompagnata, e nemmeno seguita, da una lotta contro la diseguaglianza (cfr. p. 57); il modello («mitico»: S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., p. 146) di riferimento per la soluzione dell'eccesso di diseguaglianze è la mobilità sociale statunitense (cfr. W. VELTRONI, op. cit., pp. 126-127), ossia il sogno americano, su cui ironizza M. J. SANDEL, *La tirannia*, cit., p. 81: «il sogno americano è vivo e vegeto e sta a Copenaghen» (ma cfr. *passim*).

¹⁰⁹ G. DA EMPOLI, *La guerra del talento, Meritocrazia e mobilità nella nuova economia*, Marsilio, Venezia, su cui cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit. pp. 139-140 e 149.

¹¹⁰ Il Saggiatore, Milano, su cui cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 141-143, 145, 149.

oscurato la meritocrazia, anzi, le ha dichiarato guerra»,¹¹¹ non significa necessariamente che abbia oscurato i meriti, le qualità, le virtù, le differenze, che proprio in ambiente non meritocratico possono essere legittimamente plurali in quanto riconosciute come non misurabili e dunque non classificabili; mentre significa che, oltre che ai meriti così intesi, ha dato spazio ai bisogni, chiedendo più eguaglianza economico-sociale perché, come detto a proposito di Martelli, solo una minore diseguaglianza consente di far emergere le differenze, i talenti, i differenti progetti e stili di vita.

In quarto luogo, venendo al primo di tre punti più rilevanti, non è scientifico e nemmeno seriamente giornalistico affermare, sulla base di due soli studi, di cui nemmeno si forniscono i riferimenti bibliografici, che gli incentivi monetari producono «risultati [... scolastici, universitari, lavorativi] strabilianti»¹¹², a fronte di vagonate di studi che mostrano che, soprattutto nel medio-lungo termine e con particolare riferimento alle prestazioni non routinarie, i risultati derivanti da motivatori estrinseci – il denaro su tutti – sono, a dir poco, deludenti¹¹³. In quinto luogo, non si capisce come si possa, sulla base dello stesso inesistente supporto bibliografico, affermare che, dunque, «da meritocrazia giov[a] a tutti, non solo ai vincitori, ma anche» ai perdenti¹¹⁴. Sulla base di studi importanti si può affermare che, esattamente al contrario, la meritocrazia nuoce a tutti, anche ai vincitori, «collateral victims of their own success»¹¹⁵.

In sesto luogo, non si capisce il nesso tra meritocrazia e neoliberalismo - che sarebbero entrambi di 'sinistra', espressione della stessa cultura politico-economica -, visto che la meritocrazia si fonda su una concorrenza istituita e

¹¹¹ A. ALESINA – F. GIAVAZZI, *Il liberismo*, cit., p. 31.

¹¹² Ivi, p. 28, ma cfr. *passim*.

¹¹³ Cfr. nota 97.

¹¹⁴ A. ALESINA – F. GIAVAZZI, *Il liberismo*, cit., p. 28.

¹¹⁵ D. MARKOVITS, op. cit., p. 194, ma cfr. *passim*. Cfr. poi gli epidemiologi R. WILKINSON – K. PICKETT, *La misura dell'anima, Perché le diseguaglianze rendono le società più infelici* (2009), tr. di A. Oliveri, Feltrinelli, Milano, 2012 (ma ne esiste un'ed. 2010²); autori anche di un seguito: *L'equilibrio dell'anima, Perché l'eguaglianza ci farebbe vivere meglio* (2018), tr. di G. Carlotti, Feltrinelli, Milano, 2019; gli economisti A. CASE – A. DEATON (Nobel nel 2015), *Morti per disperazione e il futuro del capitalismo* (2020), il Mulino, Bologna, 2021 (libro al quale libro intitola un paragrafo M. J. SANDEL, *La tirannia*, cit., p. 200).

diretta burocraticamente, centralisticamente, gerarchicamente, dispoticamente, che sia tra università, dipartimenti universitari, ricercatori, scuole, docenti, alunni ecc.¹¹⁶, laddove non ci sarebbe 'mercato' ma almeno potenziale collaborazione se davvero si prendesse sul serio la libertà costituzionale di ricerca scientifica (art. 33, c. 1). Non è un comunista ma Hayek a scrivere: «la possibilità di giudicare veramente il merito dipende proprio dalla presenza di quelle condizioni [di conoscenza] la cui assenza generale è il più importante argomento a favore della libertà. [...] proprio perché vogliamo che tutti siano liberi di utilizzare le capacità e la conoscenza che noi non abbiamo, non siamo in grado di giudicare il merito dei loro successi. Decidere del merito presuppone che possiamo giudicare se gli individui hanno sfruttato le loro possibilità come avrebbero dovuto e quanta forza di volontà o di abnegazione sia loro costato; presuppone anche che sappiamo distinguere tra quanta parte del loro successo sia dovuta a circostanze che dipendevano da loro e quanta invece sia da esse indipendente»¹¹⁷. E ancora: «Sebbene molti la considerino perfettamente naturale, l'affermazione secondo cui nessuno dovrebbe esser remunerato più di quanto gli spetti per il suo sforzo e la sua fatica è basata su una colossale presunzione. Presume la capacità di giudicare in ogni singolo caso come le persone abbiano saputo sfruttare le diverse possibilità e talenti a loro disposizione e quanto meritorie siano le loro realizzazioni alla luce di tutte le circostanze che le hanno rese possibili. Presume che alcuni uomini siano capaci di decidere in modo conclusivo quanto vale una persona e che abbiano il diritto di decidere cosa essa possa realizzare. Presume quindi quello che l'argomento a favore della libertà specificamente rigetta: che possiamo sapere e sappiamo tutto ciò che guida l'azione di un individuo»¹¹⁸.

¹¹⁶ Cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., 147.

¹¹⁷ F. A. VON HAYEK, *La società libera* (1960), tr. di M. Bianchi di Lavagna Malagodi, rev. di L. Infantino - N. Iannello, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011, p. 195.

¹¹⁸ Ivi, p. 197, ma cfr. *passim* e specialmente pp. 646-649 e 653-656. Rispettivamente a p. 646 e a p. 649 si legge: «Non tutte le qualità che permettono a qualcuno di dare speciali contributi sono accertabili con esami o prove»; «poiché il principale contributo di un individuo è quello di sfruttare al meglio le circostanze che gli si presentano, il successo è in gran parte solo

L'ultimo paragrafo del secondo capitolo del volume di Cingari è generosamente intitolato e interamente dedicato al giornalista e saggista Roger Abravanel, già consulente in McKinsey e futuro consulente di Mariastella Gelmini, la Ministra dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, per Forza Italia, poi per il Popolo della Libertà, cui si deve, durante il Governo Berlusconi IV, la riforma meritocratica dell'università del 2010 (l. 240). Abravanel è un altro caso di difensore totalmente allineato dei valori meritocratici: ciò che il romanzo di Young mette alla berlina in Abravanel diventa proposta politica, in cui i valori democratici e costituzionali, ovviamente mai considerati, sono sottintesi non quali strumenti di rimozione delle diseguaglianze inaccettabili, ma quali inaccettabili intralci al pieno dispiegarsi dell'americanismo, del darwinismo sociale. Cingari, infatti, è costretto a prendere atto che il libro di Abravanel del 2008¹¹⁹ «non si presta a una disamina scientifica. Basti pensare che, nonostante gli interventi esplicativi di Young [...], [...] Abravanel persist[e] a considerare *The rise of [the] meritocracy* come un'esaltazione della meritocrazia attraversata solo da qualche spunto problematico»¹²⁰. Sicché la paziente attenzione che Cingari comunque dedica a quel libro si spiega in questi termini: «Il libro però riveste importanza come caso di studio di sociologia della cultura, in quanto ha avuto molti lettori e ristampe e il suo autore è editorialista del “Corriere della Sera”»¹²¹. Il paragrafo si chiude con un cenno a un'altra riforma, che condivide più di un punto con il ricettario di Abravanel, ma che soprattutto riprende la proposta di legge di quello che di Abravanel dovrebbe essere un radicale avversario politico: il giuslavorista, giornalista, saggista, ex sindacalista della FIOM (Federazione Impiegati Operai Metallurgici, facente capo alla CGIL (Confederazione Generale Italiana del Lavoro) ed ex parlamentare del PCI e del PD

una questione di fortuna» (fortuna sconosciuta al giornalismo di Alesina e Giavazzi).

¹¹⁹ Cingari non cita i lavori successivi di Abravanel, dall'edizione 2011² dello stesso libro all'ultimo datato 2021, il cui titolo, *Aristocrazia 2.0*, è una candida ammissione del progetto restauratore – di 'sinistra', direbbero Alesina e Giavazzi (prefatore dell'Abravanel del 2008) - da cui dovrebbe saltar fuori *Una nuova élite per salvare l'Italia* (sottotitolo), Solferino, Milano.

¹²⁰ Cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., p. 149.

¹²¹ Ivi, pp. 149-150.

(con una parentesi in Scelta Civica) Pietro Ichino, teorico non della meritocrazia, ma del tema connesso della «nullafacenza» pubblica¹²². La riforma è quella con cui nel 2009, durante il Governo Berlusconi IV, l'ex socialista Renato Brunetta, economista e giornalista, allora Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, per FI, poi per il PdL, meritocratizza – ossia, dal suo punto di vista, moralizza - l'intero pubblico impiego (d. lgs. 150).

Il terzo e ultimo capitolo del libro di Cingari inizia con una panoramica di posizioni più o meno apertamente – ma trasversalmente - meritocratiche di politici di vari Paesi: in particolare Stati Uniti, Gran Bretagna, Francia, Ungheria, Italia¹²³. Quanto al trasversalismo italiano, emergono altri nomi di primissimo piano: i Presidenti del Consiglio Silvio Berlusconi¹²⁴, Mario Monti¹²⁵, Matteo Renzi¹²⁶; i segretari del PD Dario Franceschini e Pier Luigi Bersani¹²⁷; la Ministra per la semplificazione e la pubblica amministrazione, per il PD, dei Governi Renzi e Gentiloni, alla quale si deve tra l'altro, nel 2017, durante il Governo Renzi, la riforma meritocratica (d. lgs. 74) del già ricordato decreto Brunetta sul lavoro pubblico¹²⁸; il Segretario del Movimento 5 Stelle Luigi Di Maio, che nel 2018 propone il «Ministero della meritocrazia»¹²⁹, evidentemente, nella solita confusione tra «merito» e «meritocrazia», proponendo il contrario di quello che vorrebbe proporre.

¹²² Cfr. *I nullafacenti*, Mondadori, Milano, 2008² (la proposta è quasi in fondo al volume), su cui cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 143-144, 168, 179.

¹²³ Cfr. *ivi*, pp. 160-167.

¹²⁴ Cfr. *ivi*, p. 160 e *passim*.

¹²⁵ Cfr. *ivi*, p. 170.

¹²⁶ Cfr. *ivi*, pp. 167-170, ma cfr. anche pp. 140 e 183. Cfr. *ivi*, pp. 168-169 per la discussione di M. RENZI, *Stil novo, La rivoluzione della bellezza tra Dante e Twitter*, Rizzoli, Milano, 2012, il quale, ispirandosi al Partito Democratico statunitense e soprattutto a Blair (cfr. pp. 98 e 138) e immaginificamente interpretando l'eguaglianza sostanziale della Costituzione come eguaglianza delle opportunità (cfr. *passim* ma specialmente p. 117: l'eguaglianza sostanziale non sarebbe pensata per sostenere chi non può farcela da solo, bensì sarebbe un «invit[o] a giocarsela!»), immagina un'Italia «fondata sul merito» (pp. 40 e 180, ma cfr. *passim*), che «abbandon[i] una cultura che promuove l'egualitarismo [l'obiettivo costituzionale della sostanziale riduzione dei disumani divari di reddito e di ricchezza] al posto dell'eguaglianza [delle opportunità], nella scuola come nella società» (p. 103).

¹²⁷ Cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., p. 167.

¹²⁸ Cfr. *ivi*, p. 169.

¹²⁹ Cfr. *ivi*, pp. 169-170.

Per il resto, l'ultimo capitolo tratta, in particolare, della valutazione neo-manageriale, con cui sono state meritocratizzate, riconfigurate in senso oligarchico, per non dire feudale, e competitivo, efficientistico, con dubbi guadagni di efficienza e consistenti perdite di spirito costituzionale, l'università e la scuola italiana, nonché di un libro del politologo e filosofo statunitense Daniel Bell, omonimo del sociologo più volte citato.

La 'valutazione' di cui si parla nel terzultimo e nel penultimo paragrafo, rispettivamente in relazione a università e scuola, è appunto quella neomanageriale, burocratica, volta a contenere la spesa pubblica e a dirottarla verso le istituzioni in minori difficoltà finanziarie, in gergo «eccellenze». Questa 'valutazione' condivide il nome ma non il significato con la valutazione professionale, scientifica: se si recensisce un libro di un collega, che potrà anche replicare, si fa scienza, o almeno giornalismo; se, di contro, si 'valuta' un libro di un collega in veste di funzionari di un'agenzia governativa, si esercita un potere amministrativo, magari in modo non trasparente e non motivato, e il 'valutato' può replicare non sul piano scientifico o culturale, ma solo, almeno in teoria, sul piano giudiziario.

La valutazione neo-manageriale è l'insieme dei dispositivi di potere, che tentano regolarmente di camuffarsi da tecniche oggettive (!), ossia non ideologiche (!), di misurazione e dunque di classificazione, di cui la meritocrazia ha bisogno per essere operativa: la sua cassetta degli attrezzi, insomma. Cingari ne parla con particolare riferimento all'università italiana. Della riforma Gelmini ha già detto. Qui ricorda che l'istituzione dell'ANVUR (Agenzia Nazionale di Valutazione del sistema Universitario e della Ricerca), resa operativa nel 2011 (in virtù anche della consulenza del già noto Giavazzi) dalla stessa Ministra, è però voluta e ideata da Fabio Mussi, Ministro dell'Università e della Ricerca, per i DS, poi per Sinistra Democratica, nel Governo Prodi II, e da Luciano Modica, matematico, ex Presidente della Conferenza dei Rettori delle Università Italiane (nel periodo di avvio del «Processo di Bologna»), ex senatore dei DS,

non riletto ma nominato Sottosegretario nel Ministero di Mussi (a differenza del Ministro, però, passa al PD). Il Ministro ex comunista e il suo Sottosegretario hanno in mente il Research Assessment Exercise escogitato dal Governo Thatcher: la meritocrazia e la sua ancella 'valutativa', evidentemente, sono pensate come neutre, oltre destra e sinistra¹³⁰. Con poche pennellate Cingari tratteggia quello che è successo all'università italiana nell'ultimo decennio, sulla scia soprattutto di *Valutare e punire* della filosofa Valeria Pinto¹³¹ e di *Contro l'ideologia della valutazione*, del sociologo Davide Borrelli¹³².

Anche con riferimento alla scuola sono prese in considerazione sia posizioni intellettuali che politiche. Tra le posizioni intellettuali ricordate da Cingari si sceglie di ricordarne tre in quanto legate tra loro da un neogentilismo orgogliosamente rivendicato. I saggi in questione sono: *La scuola degli italiani*, datato 2007, dello storico della scuola Adolfo Scotto di Luzio¹³³; *Togliamo il disturbo*, datato 2011, di Paola Mastrocola, già docente di lettere in un liceo scientifico, narratrice e saggista di successo¹³⁴; *L'aula vuota*, datato 2019, dello storico e giorna-

¹³⁰ Per dettagli sul nonno e sui genitori dell'ANVUR, sulle sue origini e sui ruoli, tra l'altro, di Mussi, di Modica, nonché del deputato dei DS Walter Tocci, cfr., per tutti, R. RUBELE, *Appunti per una storia dell'ANVUR*, in <https://www.roars.it/online/appunti-per-una-storia-dellanvur-i/>, 8 marzo 2012; <https://www.roars.it/online/appunti-per-una-storia-dellanvur-ii/>, 21 marzo 2012; <https://www.roars.it/online/appunti-per-una-storia-dellanvur-iii/>, 28 maggio 2012; <https://www.roars.it/online/appunti-per-una-storia-dellanvur-iv/>, 11 settembre 2015.

¹³¹ Cronopio, Napoli, 2019², su cui cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 180-184.

¹³² Sottotitolato *L'ANVUR e l'arte della rottamazione dell'università*, Jouvence, Milano, 2015, su cui cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., p. 179. Borrelli è anche uno dei traduttori – le altre sono M. Gavrilà e A. Pelliccia – di un altro libro sulla 'valutazione' citato da S. CINGARI, ivi, p. 178: B. VIDAILLET, *Valutemil! Il fascino discreto della meritocrazia* («meritocrazia» che non compare nel sottotitolo francese), s.d. ma 2013), Novalogos, Aprilia, 2018.

La letteratura sulla 'valutazione', a dire il vero, è piuttosto ampia e quella francese è probabilmente la più interessante e battagliera. Cfr., per es.: J.-A. MILLER – J.-C. MILNER, *Voulez-vous être évalué?* (incontri, Parigi, 3 e 10 dicembre 2003), Grasset, Parigi, 2004; A. ABELHAUSER – R. GORI – M.-J. SAURET (a cura di), *La folie Évaluation, Les nouvelles fabriques de la servitude*, Mille et une nuits, s.l. ma Parigi, 2011; B. CASSIN (a cura di), *Derrière les grilles, Sortons du tout-évaluation*, Mille et une nuits, s.l. ma Parigi, 2014; A. DEL REY, *La tirannia della valutazione* (2013), tr. di A. L. Carbone, Elèuthera, Milano, 2018.

¹³³ Il mulino, Bologna, in cui a Gentile è dedicato il cap. IV, intitolato «La scuola dei moderni: Gentile e la riforma degli studi», ma cfr. *passim*; e su cui cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 191-192.

¹³⁴ Sottotitolato *Saggio sulla libertà di non studiare*, Guanda, Parma, 2011, in cui cfr. pp. 43, 109, 125 per i richiami espliciti a Gentile; e su cui cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 190-191. Di scuola Mastrocola si occupa anche: nel romanzo d'esordio *La gallina volante*, Guanda, Parma, 2000, rist. 2005; nell'amaro, divertente, condivisibile, discutibile saggio *La scuola racconta*

lista Ernesto Galli della Loggia¹³⁵. Il terzo saggio non cita il secondo, ma entrambi citano più di una volta elogiativamente il primo (e anche il primo cita elogiativamente un libro precedente dell'autore del terzo)¹³⁶.

La storia narrata da Scotto di Luzio è, secondo il titolo dell'«Introduzione», la «Storia di una scomparsa», della scomparsa della «scuola casatiano-gentiliana»¹³⁷. Scomparsa dovuta non solo al fascismo postgentiliano, ma alla Costituzione, alle culture politiche cattolica e comunista, a don Milani, al Sessantotto, all'autonomia della riforma berlingueriana. Dato il dogma che la scuola serve a risolvere il «problema gentiliano della formazione di quelli che comandano»¹³⁸, tutto ciò che non va in tale direzione è deprecabile: «populismo fascista» e «democratico»¹³⁹, «cattolic[o] e [...] comunis[t]a»¹⁴⁰ e, soprattutto, donmilaniano, anzi in questo caso si tratta di «integralismo populist»¹⁴¹; «mito della Costituzione»¹⁴²; «pregiudizio della democrazia»¹⁴³; «mito della democrazia» o del

ta al mio cane, Guanda, Parma, 2004; nel contemporaneo, triste, discutibile romanzo *Una barca nel bosco*, Guanda, Parma, 2004, rist. 2005; nell'amaro, condivisibile, discutibile saggio *La passione ribelle*, Laterza, Roma —Bari, 2015. Nel romanzo del 2004 e nel saggio del 2015 scrive anche, perlopiù condivisibilmente, di università. Di università parla anche nel coinvolgente romanzo *Non so niente di te*, Einaudi, Torino, 2013. Sia il saggio del 2004, precedente al libro in questione di Scotto di Luzio, sia il saggio del 2015 risultano molto meno squilibrati nei contenuti e molto meno rabbiosi nei toni del saggio del 2011, di cui ci si interessa nel testo, quindi gradevoli anche quando non pienamente condivisibili.

¹³⁵ Sottotitolato *Come l'Italia ha distrutto la sua scuola*, Marsilio, Venezia, in cui a Gentile è dedicato il cap. III, intitolato «Giovanni Gentile e dopo»; e su cui cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 188-191.

¹³⁶ Cfr. P. MASTROCOLA, *Togliamo*, cit., pp. 221-222, per gli elogiativi richiami del libro in parola di Scotto di Luzio. Cfr. E. GALLI DELLA LOGGIA, *L'aula*, cit., p. 95 e *passim*, per gli elogiativi richiami dello stesso libro di Scotto di Luzio (dello stesso autore a p. 191 è citato elogiativamente *Senza educazione, I rischi della scuola 2.0*, il Mulino, Bologna, 2015, mentre non sono mai citati i più tematicamente vicini *Il liceo classico*, il Mulino, Bologna, 1999, e *La scuola che vorrei*, Bruno Mondadori, Milano – Torino, 2013). Cfr. A. SCOTTO DI LUZIO, *La scuola degli italiani*, cit., pp. 114 e 389, per gli elogiativi richiami a un precedente volume di Galli della Loggia. Per non appesantire ulteriormente il lavoro, ci si esenta dal segnalare anche solo esemplificativamente i debiti non esplicitamente dichiarati di Mastrocola e Galli della Loggia a Scotto di Luzio.

¹³⁷ Ivi, p. 342, ma cfr. *passim*.

¹³⁸ Ivi, p. 357, ma cfr. *passim*.

¹³⁹ Ivi, p. 305.

¹⁴⁰ Ivi, p. 126.

¹⁴¹ Ivi, p. 363, ma cfr. pp. 280 e 351. Don Milani è anche, fra l'altro, un «fanatico» elaboratore di «slogan»: ivi, p. 361.

¹⁴² Ivi, p. 284.

¹⁴³ Ivi, p. 344.

«governo del popolo»¹⁴⁴; «mito della democrazia degli eguali»¹⁴⁵ o «egualitario»¹⁴⁶; «mito politico della scuola democratica»¹⁴⁷; «scuola media unica [... come] mito etico politico»¹⁴⁸; «postulati etici dalla forte intonazione sentimentale, come la giustizia sociale, la solidarietà, l'eguaglianza»¹⁴⁹.

Quanto al tema di stretto interesse in queste pagine, da un lato, si rifiuta la scuola berlingueriana dell'autonomia, dell'«offerta formativa», del marketing, della competizione tra istituti¹⁵⁰. Come non condividere? Dall'altro lato, tuttavia, si lamenta la «profonda avversione ideologica nei confronti del principio selettivo meritocratico», l'«antielitarismo»¹⁵¹, anzi la «vera e propria crociata contro la cosiddetta cultura elitaria»¹⁵². «Meritocrazia» compare solo una volta – nell'espressione, appena ricordata, «principio selettivo meritocratico» -, senza il corredo di neanche un'indicazione bibliografica. Ma se ne discute ampiamente sotto altre etichette. Dunque la competizione tra scuole è deprecabile, ma quella tra discenti e tra docenti è sommamente auspicabile. Si resta con la curiosità di sapere perché. Possibile, per concludere, che una «scuola di qualità, [...] esigente»¹⁵³ non possa che essere gentiliana, antidemocratica, volta a formare 'comandanti'?

La scrittrice e lo storico seguono da vicino la ricostruzione dello storico della scuola. Questo dovrebbe autorizzare a non entrare nei dettagli dei molteplici punti sui quali i due concordano sostanzialmente con la loro principale fonte. E sia chiaro che si tratta di punti condivisibili tutte le volte che si difende la scuola da pressioni mercatistiche (soprattutto dell'Unione Europea e dell'OCSE, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico),

¹⁴⁴ Ivi, pp. 356-357.

¹⁴⁵ Ivi, p. 353.

¹⁴⁶ Ivi, p. 357, ma cfr. p. 284.

¹⁴⁷ Ivi, p. 351, ma cfr. p. 280.

¹⁴⁸ Ivi, p. 343.

¹⁴⁹ Ivi, pp. 303-304, ma cfr. p. 280.

¹⁵⁰ Cfr. ivi, pp. 355-356.

¹⁵¹ Ivi, p. 361, ma cfr. *passim*.

¹⁵² Ivi, p. 280.

¹⁵³ Ivi, p. 376.

autonomistiche (che mettono in concorrenza scuole, cioè dirigenti, insegnanti, alunni, Nord e Sud), quantitativistiche (misurazioni e certificazioni di competenze), metodologistiche o antidisciplinistiche (la pedagogia economicistica del saper applicare ciò che non si sa). Molto meno condivisibili quando vengono sbeffeggiati il patto costituzionale¹⁵⁴, don Milani¹⁵⁵, il Sessantotto, persino Gianni Rodari¹⁵⁶, tutti colpevoli di aver detto, ciascuno a suo modo, che la scuola serve a curare l'ignoranza prima che a promuovere l'eccellente istruzio-

¹⁵⁴ È lecito non amare la Costituzione (cfr. GALLI DELLA LOGGIA, op. cit., p. 113 e *passim*), ma, se si è storici di professione e se si scrive di scuola, occorrerebbe averla letta con attenzione. E. GALLI DELLA LOGGIA, op. cit., p. 107, invece, a sostegno della sua tesi che la scuola debba istruire e non educare o formare, argomenta che «nel testo della Costituzione si parla sempre ed esclusivamente di *istruzione* – sicché non s'incontrano mai i termini *educazione* e *formazione*». La Costituzione, però, parla di «educazione» ben tre volte: all'art. 30, c. 1, all'art. 33, c. 3, all'art. 38, c. 3; e parla di «formazione» all'art. 118, c. 3. D'altro canto, non si capisce come si possa sostenere che la scuola gentiliana punti a istruire e non anche a educare, come se non ci fosse dietro una visione del mondo ben precisa, con valori ben precisi: la visione idealistica e antipositivistica, liberale ma antidemocratica, elitaria e non di massa, autoritaria e non partecipativa, borghese e antiproletaria, selettiva e antiuguagliataria ecc. E quindi, ancora, non si capisce perché la scuola non dovrebbe, oltre che istruire sulla democrazia, anche educare alla democrazia (Galli della Loggia cita – op. cit., p. 43, ma cfr. *passim* - una sua lettera aperta del 2018 sul Corriere della Sera in cui, tra l'altro, «proponev[a] di reintrodurre la predella sotto la cattedra dei professori», così che fosse chiaro che «La sede propria della democrazia non sono le aule scolastiche!» E quale sarebbe la sede della democrazia? La caserma? Anche in democrazia si decide. Anche in democrazia qualcuno ha poteri che altri non hanno, ma la discussione, non la decisione, differenzia la democrazia dalla non-democrazia. In democrazia e in una scuola che educi alla democrazia non ci sono coloro che parlano solo e coloro che ascoltano solo, meno che mai coloro che ordinano e coloro che eseguono. Come si educa a un pensiero anticonformista in un ambiente in cui conformarsi senza fiatare è un dovere?

¹⁵⁵ A don Milani P. MASTROCOLA, *Togliamo*, cit. (in vari altri libri è altrettanto dura, ma meno esplicita), dedica ampio spazio e i seguenti 'giudizi': principale «anima» dell'«antinozionismo» della scuola italiana (p. 108, ma cfr. pp. 109-112); «crimine [l'antinozionismo, che naturalmente è evidente, non si discute] contro gli umili» (p. 111); «piccolo-borghese» (p. 113). Perlomeno è omessa la solita, insignificante accusa di populismo. Non è chiaro, però, in che senso sarebbe «antinozionistico» o «criminale» o «piccolo-borghese» sapere qualcosa in più della Costituzione (e di tutto quello che c'è sotto o dietro) e un po' meno delle guerre puniche o persiane (il sottoscritto ricorda ancora i settecento Tespiesi delle Termopili – era il quarto ginnasio -, ma per l'intero liceo classico non ha mai sentito parlare di Costituzione o di guerra fredda o di guerra in Vietnam). Non si tratta di essere nozionisti o antinozionisti, ma di perseguire un nozionismo vivo anziché erudito.

A don Milani E. GALLI DELLA LOGGIA, op. cit., dedica ampio spazio e i seguenti 'giudizi': «populismo cristiano», «reazionario», «radical[e]» (rispettivamente pp. 203, 209, 210, ma cfr. p. 206); «dassista [... quanto ai] contenuti dell'insegnamento» (p. 205); «duddismo culturale» (p. 208); «velleitario [...] antielitarismo» (p. 209), «barbarico pauperismo culturale» (p. 210). Ma populismo in che senso? Che consensi cerca don Milani, che vive 'contro', che agisce infischian-dosene di ogni tipo di consenso e pagando tutto, con gli interessi, sulla propria pelle?

¹⁵⁶ Anche a Rodari P. MASTROCOLA, *Togliamo*, cit., dedica ampio spazio, trattandosi della seconda «anima» dell'«antinozionismo» della scuola italiana (p. 108). Mastrocola ama distingue-

ne di chi è nato nella casa giusta, un po' come l'ospedale serve a curare la malattia prima che a promuovere l'eccellente forma fisica di chi sta già bene.

Andiamo a quello che, dal punto di vista di queste pagine, è il nucleo dei due libri. Qui il discorso si fa, in entrambi i casi, come nella fonte comune, confuso, perché anche questi due libri non tengono conto di un solo studio a favore della meritocrazia o contro di essa.

Mastrocola si schiera condivisibilmente contro ogni forma di gara – diversa da quella per i voti - intra- o interscolastica¹⁵⁷ e, quindi, sembrerebbe contraria alla meritocrazia, alle sue manie classificatorie e premiali-punitive. Invece, in nome della «scuola della solitudine» (va bene lo studio solitario a casa, ma perché fingere di essere soli in aula?)¹⁵⁸, propone non una scuola seriamente democratica, seriamente riequilibratrice, che punti «all'elevamento di vasti strati sociali, [...] ad elevare il livello culturale dell'intero corpo sociale»¹⁵⁹, bensì il ritorno a una scuola meritocratica¹⁶⁰, elitaria¹⁶¹, che punti all'«eccellenza»¹⁶², a «stimolare, e favorire il più possibile, la diversità *dei migliori*» (l'esatto opposto degli artt. 2 e 3, c. 2, della Costituzione italiana)¹⁶³, dunque a una scuola classista; e, quel che è peggio, distinguendo, come in una versione semplificata della teoria platonica della tripartizione dell'anima e della correlativa tripartizione sociale,

re gli alunni in (auto)motivati e svogliati, non in svegliati e non svegliati alla cultura dalle famiglie di provenienza. Sicché non può riuscire a porsi il problema rodariano: come svegliare alla lettura, al libro, allo studio bambini che, se non fossero prima incuriositi, attirati e catturati, non essendolo mai stati e non potendolo mai essere a casa, fuggirebbero per sempre di fronte a una scuola che li accogliesse a colpi di grammatica? Poiché non distingue famiglia da famiglia, ambiente sociale da ambiente sociale, Mastrocola non si fa venire il dubbio che lo stesso trattamento possa non andare bene per chi a sei anni già legge con passione e per chi ancora non sa leggere. Come si dirà nel testo, per Mastrocola è questione di «natura» e la natura non si può cambiare – al massimo si può limare - con la cultura.

¹⁵⁷ Cfr. *ivi*, pp. 121, 149, 240.

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 221 (espressione ripresa da A. SCOTTO DI LUZIO, *La scuola degli italiani*, cit., p. 13, ma cfr. *passim*).

¹⁵⁹ S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 185 e 193, ma cfr. p. 195.

¹⁶⁰ Cfr. P. MASTROCOLA, *Togliamo*, cit., p. 109.

¹⁶¹ Cfr. *ivi*, pp. 227-231.

¹⁶² *Ivi*, pp. 232-233.

¹⁶³ *Ivi*, p. 232 (corsivo aggiunto).

tra «nati» per studiare – dunque per filosofare e governare - e «nati» per fare altro¹⁶⁴.

Il concetto è ribadito decine di volte, con fantasia sinonimica degna di miglior causa¹⁶⁵. Come non concordare con Cingari quando scrive che l'«innatismo» di Mastrocola è «sospeso in un mondo privo di sostanza economico-sociale»¹⁶⁶?

Le pagine di Mastrocola, dunque, ricordano le più discutibili pagine sulla meritocrazia ricordate nel presente scritto: di Young, di Herrnstein, di Wooldrige, per non dire del non ancora citato narratore statunitense Kurt Vonnegut. Discutibilissime anche le pagine in cui la scrittrice propone che, se proprio non si riesce a predisporre una scuola dell'obbligo capace di dare una «preparazione di base eccellente» (a tutti o a chi arriva in prima elementare con uno o due anni di vantaggio sugli altri?)¹⁶⁷, allora sarebbe meglio distinguere, «dalla prima elementare» (!)¹⁶⁸, due scuole o percorsi di scuola dell'obbligo: uno della conoscenza e uno della comunicazione¹⁶⁹.

Difficile criticare una proposta come questa, che si conclude insinuando: «Non so se si possa davvero scegliere lo stile scolastico più idoneo ai propri figli solo guardandoli giocare ai giardinetti... Non vorrei arrivare a questo... ma

¹⁶⁴ Cfr. *ivi*, p. 115 e *passim*. Il riferimento a Platone non sembri forzato: cfr., sul «platonismo gentiliano, per il quale gradus animae sunt gradus civitatis», A. SCOTTO DI LUZIO, *La scuola degli italiani*, p. 163, ma cfr. p. 174. Qui si dovrebbe ricitare anche Nietzsche, ma sia consentito tralasciare.

¹⁶⁵ Cfr. P. MASTROCOLA, *Togliamo*, cit.: a p. 203 il concetto di «nascita» o «natura» torna, variamente formulato, non meno di dieci volte, ma il record si registra a p. 234, dove il concetto torna, ancora più variamente formulato, non meno di diciassette volte. Tra i sinonimi: «vocazione» (p. 204), «inclinazione» (p. 204 e *passim*), «propensione» (p. 204), «destino» (p. 232), «pendenza» (p. 234), «attrazione» (p. 234), «verità» (p. 238), «indole» (p. 256), «pasta» (p. 257), «nucleo della propria natura» (p. 265), «vera identità» (p. 270). Tutto pur di non ammettere che si nasce, per caso – fortunato o meno -, in famiglie, gruppi, territori diversi. E che la meritocrazia premia la fortuna, genetica e sociale, almeno quanto l'impegno, forse di più. L'idea che si nasca per studiare o per non studiare è presente in vari altri libri dell'autrice, a cominciare dal romanzo d'esordio, dove l'autobiografica protagonista programmaticamente dichiara, fondandosi sul nulla: «io in fondo ci credo poco all'educazione: sono, per un ottanta per cento, a favore dell'eredità genetica» (*La gallina*, cit., p. 65, ma cfr. p. 90). Detto da un'insegnante...

¹⁶⁶ S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 190-191.

¹⁶⁷ P. MASTROCOLA, *Togliamo*, cit., p. 252, ma cfr. p. 253.

¹⁶⁸ *Ivi*, p. 251, ma cfr. pp. 255 e 257.

¹⁶⁹ Cfr. *ivi*, pp. 251-252, ma cfr. anche pp. 243-249.

quasi. Sono quasi convinta di sì, che sia possibile, osservando molto i propri figli fin dai primi giorni di vita»¹⁷⁰. Chi dovrebbe scegliere, poi? In quanti casi i genitori sono letteralmente inesistenti o non sufficientemente consapevoli (e naturalmente inconsapevoli di essere inconsapevoli)? La stessa Mastrocola scrive, nella stessa pagina, spiazzando il lettore, che «le famiglie sono perfettamente in grado di scegliere» e che i «genitori [...] non si rendono conto della loro responsabilità»¹⁷¹.

Galli della Loggia si schiera condivisibilmente contro la «spietata gerarchizzazione classista [...] prod[otta da] binomio autonomia – autopromozione. I Pof [Piani dell'Offerta Formativa, ora triennali, dunque PTOF], infatti, non possono certo essere tutti eguali: e non già perché gli ingegni, la fantasia e le capacità sono evidentemente diversi da scuola a scuola, da un gruppo di docenti all'altro, ma perché sono diversi, spesso abissalmente, i contesti»¹⁷². Dunque si schiera contro la scuola dell'offerta formativa «non solo [...] in quanto] regime di concorrenza fra i diversi istituti, ma [in quanto] sancisce che ormai non esiste più un'identità culturale della scuola italiana come tale, dal momento che ognuna può averne una propria»¹⁷³. Dunque, ancora, si schiera contro una scuola che non è più «fattore di unità e coesione sociale», bensì «fattore di divisione nazionale e di discriminazione sociale», contro la «scuola della disegualianza»¹⁷⁴ e contro il «darwinismo scolastico»¹⁷⁵.

Parole veramente ben scritte. Solo un dubbio: come si conciliano queste sottoscrivibili posizioni antiautonomistiche, anticoncorrenziali, antidarwinistiche con l'invocazione di una scuola meritocratica¹⁷⁶, elitaria¹⁷⁷ e che punti all'«eccellenza»¹⁷⁸? «Meritocrazia» significa gare, classifiche, vincenti, perdenti,

¹⁷⁰ Ivi, p. 259, ma cfr. p. 258.

¹⁷¹ Ivi, p. 255.

¹⁷² E. GALLI DELLA LOGGIA, op. cit., p. 135.

¹⁷³ Ivi, p. 136.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Ivi, pp. 220-221.

¹⁷⁶ Cfr. ivi, pp. 112 e 220.

¹⁷⁷ Cfr. ivi, pp. 109-111 e 113.

¹⁷⁸ Ivi, pp. 112 e 219.

invidie, frustrazioni, sottovalutazione o cancellazione dei contesti, dei punti di partenza, della fortuna genetica e sociale, darwinismo. A quale dei due Galli della Loggia occorre prestar credito?

O qui «meritocrazia» è, come in tutti coloro che non frequentano la letteratura sull'argomento, sinonimo del più innocuo «merito»? E il merito è poi così innocuo? Siamo sicuri che dare più spazio al merito, ad esempio, come propone l'autore, tornando a differenziare le retribuzioni dei docenti¹⁷⁹, darebbe benefici in grado di bilanciare quel sentimento corrosivo della serenità del luogo di lavoro, di attenuare quell'«emozione devastante» ogni legame sociale che è l'invidia¹⁸⁰?

E quale merito poi¹⁸¹? L'unico merito dei docenti, per esempio, che i dirigenti sono in grado di misurare è la propensione dei docenti all'obbedienza, a collaborare sollevandoli da incombenze burocratiche. I docenti meno collaborativi, quelli che si incaponissero a voler fare scuola, magari studiando a casa, sarebbero non premiati, ossia puniti (il bastone è nella carota).

Quanto alle figure politiche, in questo penultimo paragrafo Cingari ne ricorda due: Stefania Giannini, ex rettrice, Ministra dell'istruzione, dell'università e della ricerca, per Scelta Civica, poi per il PD, nel Governo Renzi, cui si deve l'ulteriore riforma meritocratico-autonomistica della scuola (l. 107/2015) nota come «Buona scuola»¹⁸²; e Luigi Berlinguer, altro ex rettore, Ministro della pubblica istruzione, per il Partito dei Democratici di Sinistra, poi per i DS, nei Governi Prodi I e D'Alema I e II (1996-2000), nonché Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica durante il primo di quei tre Governi (1996-1998), principale artefice dell'autonomia scolastica (d.P.R. 275/1999), avviata – meglio: riavviata¹⁸³ –, durante il Governo Prodi I, dalla legge (59/1997,

¹⁷⁹ Cfr. *ivi*, pp. 138-140.

¹⁸⁰ B. VIDAILLET, *L'invidia al lavoro, Un'emozione devastante* (2007), tr. di M. Perini, Ananke, Torino, 2011.

¹⁸¹ Si prega di rileggere di Hayek la citazione in corrispondenza delle note 117-118.

¹⁸² Cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., p. 185.

¹⁸³ I precedenti tentativi di introdurla sono ricordati, ad es., da A. M. POGGI, *Per un «diverso» Stato sociale, La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, il Mulino, Bologna, 2019, pp. 158-159 e 161.

art. 21) Bassanini (Ministro della funzione pubblica e per gli affari regionali, per il PDS, nel Governo Prodi I)¹⁸⁴. Il paragrafo è arricchito, in conclusione, da cenni alla meritocrazia educativa francese¹⁸⁵.

L'ultimo paragrafo del terzo capitolo e del libro è intitolato al recente e già richiamato libro *Il modello Cina*, di Daniel Bell, di origini canadesi, ma da lungo tempo in Cina, omonimo, come detto, del sociologo già discusso in queste pagine¹⁸⁶. In tale paragrafo, poi, si dedica un certo spazio al libro *Contro la democrazia*, la cui prima edizione è datata 2016, del politologo e filosofo statunitense Jason Brennan¹⁸⁷, alcuni dei cui precedenti lavori sono spesso e volentieri richiamati da Bell. Entrambi i volumi sono apertamente antidemocratici e meritocratici - Brennan preferisce parlare di «epistocrazia», utilizzando un vocabolo il cui primo elemento rimanda a un'idea di sapere certo, esatto, lontano dal terreno in cui si sfidano le opinioni, sia pure sedicenti scientifiche -, sicché le critiche che vi si muoveranno possono, in una certa misura, essere comuni.

Già autore, tra l'altro, dell'introduzione a un lavoro collettivo sulla meritocrazia politica il quale dedica ampio spazio a Singapore e alla Cina¹⁸⁸, Bell denomina il «modello Cina», affermatosi dagli anni Novanta su ispirazione singa-

¹⁸⁴ Cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., p. 188. L'autore non cita L. BERLINGUER (con M. PANARA), *La scuola nuova*, Laterza, Roma – Bari, 2001, in cui «meritocrazia» non compare mai, ma ne fa le veci la «molla del merito e della valutazione» (p. 169, ma cfr. *passim* e specialmente pp. 170-171 quanto al merito e p. 36 e *passim* quanto al ritornello 'valutativo'). L'ex Ministro, peraltro, firma di recente l'*Introduzione* a M. CAMPIONE – E. CONTU (a cura di), *Liberare la scuola, Vent'anni di scuole autonome*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 11, in cui sarebbe ingenuo sperare di trovare un minimo di autocritica. Il senso dell'*Introduzione*, come del volume - dunque anche del contributo che ne apre la parte I: F. BASSANINI, *Autonomie, decentramento, semplificazione: l'autonomia scolastica nel quadro delle riforme di fine millennio*, p. 21 -, è che, se l'autonomia non ha funzionato, è perché non se n'è avuta a sufficienza. Il che ricorda l'analogo argomento dei paladini di meritocrazia, eccellenza, competitività, test, gare, premi e punizioni.

¹⁸⁵ Cfr. S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 192-195.

¹⁸⁶ Sociologo che il politologo cita calorosamente: cfr. *Il modello*, cit., p. 40 e relativa nota a p. 237 (neutra, invece, la citazione a p. 234, nota 5). Il politologo è qualificato «sociologo» nella retrocopertina (confusione con l'altro Bell?).

¹⁸⁷ 2017², tr. di R. Bitetti – F. Morganti, Luiss University Press, Roma, 2018. Cfr. poi S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 200-202.

¹⁸⁸ *The theory, history, and practice of political meritocracy*, in Id. – Chenyang Li (a cura di), *The East Asian challenge for democracy, Political meritocracy in comparative perspective*, Cambridge University Press, New York, 2013. Lavoro che S. CINGARI, *La meritocrazia*, cit., pp. 177-178, ricorda quando discute, anche con riferimento alle sperimentazioni cinesi, il concetto di 'valutazione'.

poriana e confuciana¹⁸⁹, «meritocrazia democratica verticale»: democrazia elettorale, peraltro strettamente sorvegliata dal Partito, a livello dei soli villaggi e meritocrazia politica, sulla base di concorsi teoricamente sempre più rigorosi man mano che si sale la gerarchia, a tutti gli altri livelli, a cominciare dalle città¹⁹⁰. A parole la democrazia è tutt'altro che rifiutata. Nei fatti, è svuotata di contenuti e confinata al livello amministrativo in cui le questioni sono più banali, ossia ridotta a un fantasma la cui unica funzione è quella di simulare apertura mentale nella costruzione di una macchina di governo che rifiuta la democrazia come valore in sé¹⁹¹, la dignità di un elettore educabile alla democrazia¹⁹², il multipartitismo (persino dove si vota) e, dunque, l'avvicendamento di governanti con visioni dei problemi almeno potenzialmente e parzialmente diverse¹⁹³. Peraltro, Bell teme gli esiti antisociali della competizione elettorale¹⁹⁴, mentre non ha la minima obiezione del genere da muovere alla competizione economica, né a quella concorsuale per la promozione a incarichi anche politici¹⁹⁵.

La democrazia non ha valore intrinseco: ha valore meramente utilitaristico, cioè dipendente dai problemi che risolve, che però risolve solo al livello amministrativo più basso, dove si conoscono le persone che si votano, i problemi sono semplici e gli eventuali errori non hanno conseguenze disastrose¹⁹⁶. Per il resto, meglio lasciar fare a chi sa. L'irrazionalità dell'elettore non è redimibile: la «tirannide della comunità degli elettori»¹⁹⁷ fa sì che gli interessi di chi non vota (stranieri immigrati e di passaggio, non-ancora-nati, minori, antenati) sono ine-

¹⁸⁹ Cfr. D. A. BELL, *Il modello*, cit., pp. 41-42 e *passim*. L'autore si dichiara eticamente confuciano: cfr. *ivi*, p. 48 e *passim*. Ma non trascura affatto Platone: cfr. *ivi*, p. 40 e *passim*.

¹⁹⁰ Cfr. *ivi*, *passim* ma specialmente pp. 21 e 214 e par. 4.3.

¹⁹¹ Cfr. *ivi*, p. 18 e *passim*.

¹⁹² Cfr. *ivi*, *passim* ma specialmente par. 3, intitolato «La tirannide della comunità degli elettori», del cap. I.

¹⁹³ Cfr. *ivi*, p. 20 e *passim* (p. 99 quanto alle elezioni di villaggio senza partiti).

¹⁹⁴ Cfr. *ivi*, p. 96.

¹⁹⁵ Fortunatamente, invece, sembra consapevole che «un sistema d'istruzione [...] ultra competitivo [...] rende le persone estremamente infelici»: cfr. *ivi*, p. 282, nota 4.

¹⁹⁶ Cfr. *ivi*, *passim* ma specialmente p. 203.

¹⁹⁷ Cfr. nota 191.

vitabilmente trascurati. Problema che naturalmente la più razionale meritocrazia in gran parte risolve.

Meglio puntare a un sistema scolastico-universitario che individui e coltivi la potenziale classe governante, che, ulteriormente selezionata e coltivata nel corso della carriera burocratico-politica, che è un'unica carriera, saprà quasi certamente affrontare ogni problema complesso nel modo più corretto o nell'unico modo corretto¹⁹⁸. A parte il voto al livello più basso, la meritocrazia democratica cinese accetta di concedere una spolveratina di diritti umani¹⁹⁹, perché non si dica che riduce la democrazia al voto. Peraltro, il politologo non nasconde i limiti di questa 'democrazia' e auspica una «società più aperta» (ma non si dica occidentale), vale a dire «elezioni intra partitiche, organizzazioni autonome di lavoratori [...], indipendenza giudiziaria [...] e apertura dei media tradizionali», nonché «maggiore libertà di parola politica»²⁰⁰. Va bene quasi tutto, insomma, «[m]a i difensori della meritocrazia politica devono rifiutarsi di arrivare al suffragio universale e alla competizione multipartitica per i vertici politici, perché la democrazia ai vertici rovinerà l'intero sistema»²⁰¹.

Brennan, dal canto suo, sulla base di molteplici suoi lavori precedenti e ispirato dal solito Platone²⁰², conduce una critica ancora più severa della figura dell'elettore irrazionale, cioè ignorante o disinformato o informato ma «tribale»²⁰³; e, senza prendere nemmeno in considerazione l'idea che una diversa scuola, una diversa stampa e una diversa politica possano complessivamente migliorare la qualità dell'informazione e del dibattito politici, propone di restringere i diritti elettorali testando gli elettori e gli eleggibili. Il dibattito politico, anzi, andrebbe ridotto al minimo perché genera soltanto discordia sociale²⁰⁴;

¹⁹⁸ Cfr. D. A. BELL, *Il modello*, cit., *passim*, ma specialmente il cap. II, intitolato «La selezione dei buoni leader in una meritocrazia politica».

¹⁹⁹ Cfr. *ivi*, p. 234, nota 6.

²⁰⁰ *Ivi*, p. 209, ma cfr. *passim* e specialmente p. 20.

²⁰¹ *Ivi*, p. 209.

²⁰² Cfr. op. cit., pp. 19 e 53-54.

²⁰³ Cfr. *ivi*, *passim* ma specialmente pp. 34-35 e 42-44, nonché il par. intitolato «Il tribalismo politico» del cap. II.

²⁰⁴ Cfr. *ivi*, *passim* ma specialmente cap. IX, intitolato «Nemici civici».

obiezione che naturalmente non vale per la concorrenza economica, la meritocrazia scolastico-universitaria, le rivalità sportive.

Anche per Brennan la democrazia non ha valore intrinseco: «non è diversa da un martello. Se riuscissimo a trovare un martello migliore, dovremmo usarlo»²⁰⁵. I diritti elettorali non sono fondamentali²⁰⁶, ma diritti da meritare, come il diritto di cacciare, di guidare, di fare l'idraulico, il parrucchiere o il medico²⁰⁷. Il voto non è espressione di sé²⁰⁸ e non è questione di dignità o di autostima (Rawls è il principale bersaglio)²⁰⁹, quindi non averlo o perderlo non sminuisce il non-titolare o l'ex titolare, che deve «farsene una ragione o studiare di più»²¹⁰.

Più in dettaglio Brennan propone cinque alternative epistocratiche alla democrazia. La prima è il suffragio ristretto²¹¹: dice, per esempio, che, «[n]egli Stati Uniti, escludere dal voto l'80 per cento meno informato degli elettori bianchi potrebbe essere quello di cui i neri più poveri hanno bisogno»²¹². La seconda è il voto plurimo (il filosofo ed economista John S. Mill è il principale punto di riferimento): più sai o più titoli di studio hai, più voti ti spettano²¹³. La terza è il «suffragio per sorteggio»: amenità – sfugge il nesso tra sorteggio e competenza - per la quale vota chi è sorteggiato, se poi si informa a dovere²¹⁴. La quarta è il «suffragio universale con veto epistocratico»²¹⁵, ossia corretto da un «consiglio epistocratico» con potere, in particolare, di «disfare le leggi»²¹⁶; senonché, alla fine, Brennan è costretto ad ammettere che il consiglio epistocratico è sostan-

²⁰⁵ Ivi, p. 49, ma cfr. pp. 186 e 255.

²⁰⁶ Cfr. ivi, pp. 45-48, 146, 149.

²⁰⁷ Cfr. ivi, p. 179 e *passim*.

²⁰⁸ Cfr. ivi, par. intitolato «Democrazia ed espressione di sé» del cap. V.

²⁰⁹ Cfr. ivi, parr. intitolati «L'eguale potere politico e le basi sociali del rispetto di sé» e «Un insulto ai gruppi svantaggiati» del cap. V.

²¹⁰ Ivi, p. 186.

²¹¹ Cfr. ivi, *passim* ma specialmente p. 53, par. intitolato «Perché lasciare che tutti votino?» del cap. VII e par. intitolato «Suffragio ristretto e plurale» del cap. VIII.

²¹² Ivi, p. 279.

²¹³ Cfr. ivi, pp. 53-54, 185, 264.

²¹⁴ Cfr. ivi, p. 54 e par. intitolato «Suffragio per sorteggio» del cap. VIII.

²¹⁵ Titolo di par. del cap. VIII, ma la locuzione compare anche nel titolo del paragrafo seguente (cfr. nota 217), mentre a p. 54 si parla solo di «veto epistocratico».

²¹⁶ Ivi, p. 267.

zionalmente una corte costituzionale, già contemplata in democrazia, anche nei suoi Stati uniti²¹⁷. La quinta è il «voto soppesato o governo per oracolo simulato»²¹⁸, che sembra un'altra amenità, ma, a dire il vero, non si capisce come dovrebbe funzionare.

È il momento di provare ad avanzare tre critiche ai due libri in discussione. È bene avvertire che si ragiona in termini ideali, come ripetutamente dice di fare Bell²¹⁹, che non è così ingenuo da pretendere di proporre come modello cinese la Cina 'in carne e ossa'. Brennan, che concepisce solo le prove empiriche²²⁰, non sarebbe d'accordo, ma il suo è un pregiudizio antiretorico che, se accolto, cancellerebbe gran parte della cultura (non solo) occidentale, compreso il suo Platone: ciò che dovrebbe essere è importante quanto ciò che è, il principio quanto il fatto; si cerca di migliorare il mondo, non solo di registrarlo.

In primo luogo, come nota il giurista Sabino Cassese, prefatore della traduzione di Brennan, la democrazia, in quanto bilanciamento dei poteri, bilancia, tra l'altro, la legittimazione elettorale del potere legislativo-governativo con la legittimazione concorsuale, «epistocratica» dei poteri amministrativo e giudiziario²²¹. La democrazia, dunque, non rifiuta affatto le competenze, anzi affida loro funzioni di vertice, di controllo delle - e persino di contrasto alle - funzioni a legittimazione popolare. Lo stesso Brennan, a un certo punto, si ricorda di questi «contrappesi epistocratici» interni alla democrazia²²², tra i quali, oltre, come appena detto, ai tribunali costituzionali, ci sono i partiti, con la loro funzione di selezione dei candidati, i quali candidati, non certo in ragione di un quoziente intellettuale più alto, ma per semplici ragioni di divisione del lavoro,

²¹⁷ Cfr. *ivi*, par. intitolato «Il suffragio universale con veto epistocratico è democratico?», specialmente p. 269, a proposito della Corte suprema, e la conclusione a p. 271.

²¹⁸ Cfr. *ivi*, pp. 54 e 272-273.

²¹⁹ Cfr. *Il modello*, cit., pp. 75, 256, nota 160, 116. Brennan, invece, dice che il suo «è un libro di teoria non ideale»: cfr. *op. cit.*, p. 58 e *passim*.

²²⁰ Cfr. *ivi*, *passim* ma specialmente pp. 58, 223-224, 244-245.

²²¹ Cfr. *Correzioni epistocratiche della democrazia*, in J. Brennan, *op. cit.*, pp. 13-14.

²²² Cfr. *ivi*, p. 251, ma cfr. p. 250.

garantiscono mediamente informazione, cultura e razionalità, se non ragionevolezza, superiori a quelle degli elettori²²³.

Ma la democrazia ritiene che le scelte politiche non possano esser sottratte ai rappresentanti del popolo sovrano, che non dovrebbero tanto essere sapienti plurititolati in scienze economiche, storiche, sociali, politiche, ambientali ecc., bensì piuttosto saggi, sensibili a valori e interessi e capaci di visione intergenerazionale e aperta anche alle aspirazioni dei diversamente-votanti e dei non-votanti. I saggi (solo tendenzialmente anche sapienti), che proprio in quanto saggi non disdegnano minimamente le competenze, sanno circondarsi di collaboratori al tempo stesso esperti e politicamente consonanti²²⁴. La democrazia distingue saggezza da sapienza e non nega che la saggezza dei rappresentanti abbia estremo bisogno della sapienza dei tecnici, laddove la meritocrazia pretende o di sostituire la sapienza, che forse si insegna all'università, alla saggezza, che nessuna credenziale accademica garantisce, o, perlomeno, di trovarle nelle stesse persone.

In secondo luogo, se si riduce la democrazia a poco più della sua componente elettorale, forse perché la più facilmente criticabile, dunque non si enfatizzano debitamente libertà e riduzione delle diseguaglianze, si riesce a sostenere che la democrazia non è giusta in quanto rappresentativa, ma solo in quanto efficace, efficiente, economica. Vero che la rappresentatività è solo approssimativa, perché gli elettori possono inconsapevolmente votare contro i propri interessi. Ma, d'altro canto, ammesso e non concesso che un'epistocrazia sarebbe più efficace, ci sarebbe da chiedersi per chi. Davvero i sapienti, confuciani o

²²³ Cfr. il par. intitolato «I partiti politici riducono lo sforzo epistemico richiesto agli elettori?» del cap. VII. Si può concordare con J. BRENNAN, *ivi*, *passim* ma specialmente pp. 246-247, che un elettorato culturalmente migliore indurrebbe i partiti a preferire candidati culturalmente migliori. Solo che per Brennan la preparazione di elettori e candidati è mera questione di voglia di informarsi e di studiare, non anche e soprattutto di struttura sociale, di distribuzione di possibilità economiche e dunque scolastiche, di qualità dell'informazione.

²²⁴ Il ruolo dei consulenti, che esonerano i titolari di cariche politiche dal peso di dover essere esperti di tutto, è assai più considerato dal confuciano D. A. BELL, *Il modello*, cit., pp. 127, 144, 162, che da J. BRENNAN, *op. cit.*, p. 297.

platonici, governano o governerebbero nell'interesse dei non-votanti? Stupisce che lo pensi Brennan, scrivendo un «libro di teoria non ideale»²²⁵.

La democrazia, in quanto governo del popolo e non solo per il popolo, riconosce negli elettori dignità intrinseca. Se gli elettori sono spesso ignoranti, male informati o faziosi, la democrazia non mette in questione la loro dignità, ma ritiene di avere il dovere di istruirli, educarli, coinvolgerli, elevarli. La meritocrazia, invece, non riconoscendo la loro dignità, si sbarazza della ragione fondamentale per cui dovrebbe migliorare la loro formazione umana e politica: a che serve educare tutti quando si possono educare solo i potenziali leader (solo casualmente spesso figli, nipoti, generi dei leader attuali)?

In terzo luogo, come rileva Cingari²²⁶, il discorso dei due autori in discussione è affetto da manifesto ottimismo razionalistico o, se si preferisce, da acuto manicheismo scientifico.

Bell ritiene che anche i problemi più complessi abbiano una soluzione chiaramente migliore delle altre, che i sapienti sanno individuare certamente o comunque assai più probabilmente degli eletti²²⁷. E ritiene, inoltre, che si possano rigorosamente misurare non solo – in ordine crescente di importanza - le «capacità intellettuali», ma anche le «abilità sociali» e persino le «virtù»²²⁸. Se nonch  sulla misurabilit  delle abilit  sociali - che sono quelle decise e gerarchizzate da chi ha il potere di farlo - l'autore non dice nulla che non sia estremamente vago. E, quanto alle generiche virt  - che, di nuovo, sono quelle decise e gerarchizzate da chi ha il potere di farlo -, i proposti metodi di misurazione fanno soltanto sorridere. Per esempio, essere disponibili a lavorare per un periodo «in aree rurali povere e remote»²²⁹   indicatore di disponibilit  a servire il popolo o di ambizione? Superiori, pari e inferiori sono testimoni attendibili di moralit ? I superiori non sono corruttibili? I pari non sono rivali? Gli inferiori

²²⁵ Cfr. *ivi*, p. 58.

²²⁶ Cfr. *La meritocrazia*, cit., pp. 198-199 e 201-203.

²²⁷ Cfr. D. A. BELL, *Il modello*, cit., p. 26 e *passim*.

²²⁸ Cfr. *ivi*, *passim* ma specialmente e rispettivamente i parr. 2, 3 e 4 del cap. II.

²²⁹ *Ivi*, p. 140, ma cfr. la corrispondente nota 167 a p. 279.

non possono essere intimiditi? E come si tiene conto della corruzione in assenza di magistratura pienamente indipendente e, soprattutto, di totale libertà di informazione²³⁰?

In definitiva, la misurazione è l'espedito retorico per giustificare (pseudo)razionalmente il mancato ricorso alla volontà popolare e la mancata elevazione culturale e morale di tutto il popolo. Le capacità intellettuali, le meno vaghe e difficili da valutare sono le meno importanti, perché «suggerimenti sulle politiche e pensieri originali possono arrivare da un gruppo di consulenti talentuosi ed esperti»²³¹. Come in democrazia, dunque. Con la differenza che in democrazia ciascun cittadino è degno di esprimere un punto di vista: che non deve essere necessariamente competente, perché la competenza segue, come detto, altri percorsi.

Quanto a Brennan, stupisce la facilità con cui distingue il bianco dal nero: competenza da incompetenza, correttezza da scorrettezza, intelligenza da stupidità, verità da falsità. Nessun accenno a sfumature e ambiguità. Da qui, anche in Brennan, una vera e propria fede nei test²³². D'altro canto, per avere tale fede basta non porsi l'ermeneutica come problema e credere che la verità sia data e vada solo trovata: «Esiste una verità indipendente sul fatto che l'imputato sia colpevole o no. Questa verità non viene stabilita dalla decisione della giuria. Piuttosto, ci si aspetta che la giuria scopra quale sia»²³³. A che serve che un pubblico ministero argomenti un'accusa e un difensore una difesa e un giudice un'assoluzione o una condanna se le prove non sono (salvo eccezioni) ambigue, dunque interpretabili? Un'idea così semplicistica di verità spiega un'idea di democrazia ridotta da lotta tra valori e interessi, tra punti di vista e classi sociali a questione di conoscenza di dati. Come se i dati fossero oggettivi. Come se i dati fossero... dati e non costruiti, come se non fossero manipolabili non solo in sede di interpretazione, ma già in sede di costruzione.

²³⁰ Cfr. *ivi*, pp. 141-144, dove, a dire la verità, l'autore si lascia andare a qualche dubbio.

²³¹ *Ivi*, p. 144.

²³² Cfr. *op. cit.*, p. 35 e *passim*.

²³³ *Ivi*, p. 51, ma cfr. p. 274.

Quanto costerebbe un apparato amministrativo che dovesse testare continuamente centinaia di milioni di elettori, per elezioni di ogni livello? Non si può certo testare l'elettore una volta per sempre. Potrebbe, prima o poi, informarsi, persino studiare. E certo non gli si può sottoporre un test che vada bene per l'elezione del Presidente e per quella degli amministratori di paese. E il test per chi voglia candidarsi dovrebbe essere diverso da quello di chi voglia solo votare. Anzi dovrebbe essere diverso da carica a carica. E che succederebbe se il test contenesse una domanda errata o ambigua? L'elettore dovrebbe poter ricorrere a un giudice. Quanto costerebbe questo aggravio giudiziario? E che cosa misurerebbero le domande a risposta multipla? Forse il grado di informazione o di cultura, ma certo non la capacità esprimere se stessi: bisogni, paure, speranze. E, soprattutto, chi formulerebbe ogni volta le domande dando garanzia che non siano formulate per escludere qualcuno in particolare²³⁴?

In conclusione, Brennan fa di tutto per non ammettere che l'elettore non è chiamato al voto per decidere, ma per scegliere chi deciderà, e per sceglierlo senza poter avere la garanzia che chi deciderà si atterrà a quanto promesso; che l'elettore, in altri termini, non è chiamato al voto in quanto portatore di soluzioni tecniche a problemi tecnici, ossia in quanto esperto, ma semplicemente in quanto portatore di problemi, tecnici o esistenziali, e di desideri di soluzione. A differenza dei governanti, che dovrebbero essere sapienti ma prima di tutto saggi capaci di circondarsi di sapienti (magari a loro volta anche saggi), gli elettori non sono tenuti a essere né sapienti né saggi, anche se non dispiacerebbe che un po' lo fossero. D'altro canto, la loro cultura non è – ribadiamolo – principalmente questione di responsabilità individuale: la fame, la malattia, i proble-

²³⁴ Cfr. *ivi*, par. intitolato «Chi decide quali sono le competenze necessarie?» del cap. VIII, dove al problema si risponde che «le democrazie potrebbero, e forse dovrebbero, adottare procedure democratiche per stabilire una forma di epistocrazia» (p. 275); e poi si propongono metodi vari, più o meno bizzarri (cfr. p. 277), ad esempio il referendum, forse il meno bizzarro. Ma ogni quanto bisognerebbe ascoltare referendariamente tutta la popolazione per decidere chi non può votare alle elezioni? E non si dovrebbe farlo per ogni livello di elezioni? E quanto costerebbe? E chi formulerebbe i quesiti? E se i quesiti non fossero chiari o fossero di parte? Naturalmente i problemi si ridimensionano o scompaiono se «esiste una verità indipendente» solo da scoprire.

mi familiari, la vita non danno a tutti tempo e agio per studiare o anche solo per leggere un quotidiano.

Quanto all'elettorato passivo, difficilmente i cittadini riuscirebbero a candidarsi e ancora più difficilmente a farsi eleggere se non fossero sufficientemente sapienti da convincere i partiti a candidarli e gli elettori a votarli. E comunque sarebbe meglio se fossero candidati e votati per la saggezza, per la capacità di scegliere i propri collaboratori, perché nessuno può essere competente in tutte le discipline in cui un governo, anche solo di livello comunale, dovrebbe esserlo.

3. Considerazioni conclusive

Fin qui il libro di Cingari e qualche suggerimento, perlopiù bibliografico, in vista di un'auspicabile nuova edizione. Che osservazioni conclusive si possono svolgere, sempre nell'ottica di indicare all'autore di questo pionieristico lavoro direzioni in cui continuare lo scavo?

In primo luogo, non sarebbe forse inopportuno retrodatare l'origine del discorso meritocratico e della sua critica al 1952, data di pubblicazione del romanzo di esordio, *Player piano*²³⁵, tradotto in italiano tre volte e sotto tre titoli²³⁶, l'ultimo dei quali è *Piano meccanico* (che si suona da sé, che non ha bisogno di pianista), del già citato Vonnegut²³⁷, globalmente noto a partire dal 1969, anno di uscita di *Mattatoio n. 5*, il suo romanzo più fortunato. *Piano meccanico*, discronia incentrata sulla disoccupazione tecnologico-meritocratica, è giustamente citato da Cingari come «il precedente letterario più vicino a Young»²³⁸, ma la comparazione tra i due testi non va molto oltre. Il primo ad aver sottolineato il rapporto tra le due opere è, per quel che ne sa lo scrivente, lo storico Mauro Boarelli, già in un articolo del 2013²³⁹, poi, più ampiamente, in *Contro l'ideologia*

²³⁵ Delacorte Press, New York.

²³⁶ La prima traduzione, di R. Rambelli, è uscita sotto due titoli: *La società della camicia stregata* e *Distruggete le macchine*; la seconda, di A. Roffeni, ha adottato il titolo passato alla terza

²³⁷ Tr. di V. Mantovani, Bompiani, Milano, 2020.

²³⁸ Cfr. *La meritocrazia*, cit., p. 26.

²³⁹ Cfr. *Le insidie della valutazione*, ne *Gli asini*, ottobre–novembre 2013 (fascicolo monografico intitolato *Valutazione e meritocrazia nella scuola e nella società*), p. 9 (peraltro non si tratta

*del merito*²⁴⁰. Stranamente il romanzo non solo non è noto a Littler, ma nemmeno, al di là dell'Atlantico, a Markovits e a Sandel. Questi invece, discutendo Rawls nel suo libro del 2020, di Vonnegut cita il migliore dei suoi pochi racconti fantascientifici, *Harrison Bergeron*, datato 1961²⁴¹ – già, sempre in relazione a Rawls, più ampiamente discusso in un paragrafo intitolato intitolato «Un incubo egualitario» del libro *Giustizia*²⁴² -; racconto che ha per tema una discronia appunto egualitaria: i meriti, talenti e sforzi, sono severamente vietati e neutralizzati con handicap livellatori (peraltro Sandel non dice che lo stesso tema è trattato da Vonnegut, anche se in termini solo parzialmente sovrapponibili, nel suo secondo romanzo, *Le sirene di titano*, del 1959).

Nel romanzo di Vonnegut «meritocrazia» non compare, ma, come ricorda Cingari, compare «merit system», che però, almeno nella traduzione più recente, quella tra le mani del sottoscritto, diventa «meritocrazia», con anacronismo inopportuno (tanto da costringere a verificare l'originale)²⁴³. Ma, a parte la questione del conio, il romanzo, come messo in evidenza finora solo da Boarelli, anticipa quello di Young su più punti: i test di intelligenza, la tecnocrazia che corrode la democrazia, la cristallizzazione castale della stratificazione sociale, i sentimenti contrapposti delle due classi sociali e, *last but not least*, la rivolta anti-meritocratica, che anzi nel romanzo statunitense occupa, se si considera la cospirazione che la precede, uno spazio assai più considerevole che in quello inglese. Non ci si può non chiedere, pertanto, se davvero Young non conosca *Player piano* nel momento in cui scrive *The rise of the meritocracy*. Inoltre, il romanzo di Vonnegut anticipa riflessioni centrali in Markovits, a proposito dell'assot-

dell'«esordio letterario» di Vonnegut, che inizia a pubblicare racconti un paio di anni prima, ma dell'esordio da romanziere), ma anche l'epigrafe dell'articolo, a p. 6, è tratta dal romanzo in parola.

²⁴⁰ Laterza, Roma - Bari, 2019, di cui cfr. pp. 4-6 e 8.

²⁴¹ In *Tutti i racconti* (2017, ma 1950-2012 più inediti), a cura di J. Klinkowitz – D. Wakefield, tr. di V. Mantovani, Bompiani, Milano, 2019, p. 1351.

²⁴² Sottotitolato *Il nostro bene comune* (2009), tr. di T. Gargiulo, Feltrinelli, Milano, 2010, rist. 2020, par. del cap. VI.

²⁴³ Cfr. p. 168 dell'originale e p. 236 della traduzione più recente. Da controllare le traduzioni precedenti.

tigliamento tecnologico della classe media²⁴⁴, e in Sandel, a proposito della dignità del lavoro²⁴⁵; senza considerare la centralità del «populist backlash» in Markowits²⁴⁶ e ancor più in Sandel²⁴⁷.

Insomma, la lettura del romanzo di Vonnegut ridimensiona almeno un po' l'originalità, la profeticità di quello di Young. E ciò prescindere dal fatto che il valore letterario del romanzo di Vonnegut, benchè non abbia avuto la fortuna di quello di Young, appare più limpido. Quello di Vonnegut è un romanzo con tanto di personaggi psicologicamente delineati e di trama articolata, laddove quello di Young è una sia pur piacevolmente ironica dissertazione, in cui al posto di una trama si ha una ricostruzione storica seguita da una profezia e non ci sono personaggi, a parte il narratore, che non siano gruppi (classi sociali, categorie lavorative, partiti, sindacati, movimenti ecc.).

In secondo luogo, premesso che Cingari non si accontenta della bibliografia intitolata a «meritocrazia» e a «merito» e si preoccupa anche della bibliografia intitolata a «valutazione» e a «eguaglianza», una direzione in cui l'indagine non procede oltre le origini – il ricordato libro di Gardner – è quella della letteratura relativa a «eccellenza», che è poi, almeno in buona misura, fin da Gardner, letteratura su «leadership»²⁴⁸. Forse il tenerne conto non avrebbe mutato i lineamenti essenziali della ricostruzione, ma, trattandosi di una bibliografia nutrita, che sia sul versante pro- che su quello antimeritocratico tratta di scuola, di università, di organizzazione del lavoro, di conseguenze psicofisiche del prestazionalismo²⁴⁹, sarebbe aumentata la ricchezza cromatica della ricostruzione

²⁴⁴ Cfr. op cit., *passim* ma specialmente capp. VI-VIII, rispettivamente intitolati «Gloomy and glossy jobs», «A comprehensive divide», «Snowball inequality».

²⁴⁵ Cfr. *La tirannia*, cit., *passim* ma specialmente cap. VII, intitolato «Dare riconoscimento al lavoro».

²⁴⁶ Cfr. op. cit., *passim* ma specialmente il par. intitolato «Nativism and populism in the middle class» del cap. III («backlash» compare a p. 65).

²⁴⁷ Cfr. *La tirannia*, cit., *passim*, ma specialmente parr. del cap. I intitolati «Diagnosticare il malcontento populista» («reazione populista» a p. 25) e «La rivolta populista», par. intitolato «Reazione populista» del cap. III, p. 92 («rivolta populista»), p. 216 («reazione populista»).

²⁴⁸ Cfr. nota 19.

²⁴⁹ Di seguito alcuni titoli di libri, senza distinguere tra pro- e antimeritocratici (il più delle volte l'intitolazione è sufficiente a capirlo): T. PETERS - R. H. WATERMAN, *Alla ricerca dell'eccellenza, Lezioni dalle aziende meglio gestite* (2004²; ma lo si colloca qui perché è all'ed. 1982

stessa. D'altro canto, non si può leggere tutto, soprattutto per la prima edizione di un lavoro senza precedenti, che verte su un tema su cui la bibliografia, provenendo dai quattro angoli del pianeta, è sconfinata e spesso non facilmente reperibile²⁵⁰.

Infine, lo scrivente suggerirebbe di sottolineare più nettamente una distinzione. Si tratta della distinzione, anche nell'ambito del pensiero di singoli studiosi, tra il filone - teoricamente più rozzo perché più apertamente razzista, classista, sessista, antidemocratico - del pensiero meritocratico che può dirsi *in-natistico*, quello della *meritocrazia del talento, del gene*, centrale in Vonnegut, in Young - anche se Young giustamente pone l'equazione secondo cui «L'intelligenza combinata con lo sforzo costituiscono il merito [...]». Il genio pigro non

che si legano, a vario titolo, soprattutto i tre titoli seguenti e, almeno quanto al titolo, uno di quelli italiani citati poco più avanti), tr. di E. Angelini – E. Ferrara – G. Salinas, Sperling & Kupfer, Milano, 2005; T. PETERS - N. AUSTIN, *Una passione per l'eccellenza, La vera leadership* (1985), tr. di M. Ferrara, Sperling & Kupfer, Milano, 1986; J.-P. PAGÉ *et al.*, *La recherche de l'excellence en France, Enquête sur le management d'entreprises françaises performantes*, Dunod, s.l., 1987, rist. 1988; N. AUBERT – V. DE GAULEJAC, *Le coût de l'excellence*, Éditions du Seuil, Parigi, 1991; T. TOCH, *In the name of excellence, The struggle to reform the nation's schools, why it's failing, and what should be done*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1991, rist. 1992; E. E. LAWLER, *Rewarding excellence, Pay strategies for the new economy*, Jossey-Bass, San Francisco, 2000; ID. – J. W. BOUDREAU – S. ALBERS MOHRMAN, *Achieving strategic excellence, An assessment of human resource organizations*, Stanford Business Books, Stanford, 2006; E. E. LAWLER, - J. W. BOUDREAU, *Achieving excellence in human resources management, An assessment of human resource functions*, Stanford Business Books, Stanford, 2009; IID., *Human resource excellence, An assessment of strategies and trends*, Stanford Business Books, Stanford, 2018; H. GARDNER – M. CSIKSZENTMIHALYI – W. DAMON, *Good work, When excellence and ethics meet*, Basic Books, New York, 2002; C. MURRAY, *Human accomplishment, The pursuit of excellence in the arts and sciences, 800 B.C. to 1950*, Perennial, New York, 2003, rist. 2004; H. R. LEWIS, *Excellence without a soul, How a great University forgot education*, Public Affairs, New York, 2006; C. PALUMBO CROCCO, *Eccellenza italiana*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011 (della stessa autrice e della stessa casa editrice *Meritocrazia*, 2008); F. CORRADI (a cura di), *Alla ricerca dell'eccellenza, Le politiche per l'eccellenza nell'istruzione superiore in quattro Paesi europei*, LED, Milano, 2009; M. CINQUE, *In merito al talento, La valorizzazione dell'eccellenza personale tra ricerca e didattica*, Franco Angeli, Milano, 2013; R. MÜNCH, *Academic capitalism, Universities in the global struggle for excellence*, Routledge, New York - Abingdon (UK), 2014; A. MASCRET, *Enseignement supérieur et recherche en France, Une ambition d'excellence*, La Documentation Française, Parigi, 2015; P. BARABANTI, *Gli studenti eccellenti nella scuola italiana, Opinioni dei docenti e performance degli alunni*, Franco Angeli, Milano, 2018.

²⁵⁰ E comunque non si può dire che Cingari sia insensibile all'argomento, considerati i suoi recenti articoli *Il mito dell'eccellenza nell'Università italiana*, in <https://www.roars.it/online/il-mito-delleccellenza-nelluniversita-italiana/>, 14 luglio 2021, e *Se tre eccellenti normaliste confutano l'eccellenza*, ne *Il manifesto*, 12 agosto 2021, p. 14, e in <https://www.roars.it/online/se-tre-eccellenti-normaliste-confutano-l'eccellenza/>, 16 settembre 2021.

è un genio»²⁵¹ -, in Gardner (come in tutti i fanatici dei test di intelligenza, quindi anche in Wooldridge) e in Bell (il sociologo) e culminante in *The bell curve*; e il filone che può dirsi *volontaristico*, quello della *meritocrazia del duro lavoro, delle credenziali accademiche*, anticipato dall'equazione di Young e bersagliato, di recente, da Markovits e da Sandel, teoricamente più insidioso perché apparentemente meno odioso, più sofisticato, più facilmente rivestibile di moralismo incentrato sul principio di responsabilità individuale, più facilmente armonizzabile con una democrazia intesa in senso formalistico: impastata di eguaglianza formale e non anche sostanziale, di gerarchia che dovrebbe essere giustificata dalla mobilità sociale (che poi non c'è). Questa è la meritocrazia imperante, quella, tra gli altri, di Clinton e di Blair, di Theresa May e di Barack Obama, vittima privilegiata della critica sandeliana, per le sue politiche e retoriche progressiste sui diritti civili, ma tecnomeritocratiche sui diritti economico-sociali ed educativi²⁵².

Il contraccolpo populista culminato nel 2016 all'insegna del «Make America great again» si alimenta della convinzione falsamente democratica che «You can make it if you try»²⁵³, che sia solo questione di provarci, di volerlo, di darsi da fare. Siamo tutti geni e campioni in potenza, insomma, ma solo alcuni si impegnano davvero. I pigri, i timidi, i poveri di intraprendenza meritano di perdere. Così si nega la fortuna di avere un talento apprezzato in un dato contesto spaziotemporale; e si nega anche la fortuna di nascere in un ambiente che consenta di coltivare il talento.

²⁵¹ Cfr. *L'avvento*, cit., p. 108.

²⁵² Su Obama e il suo continuismo ideologico rispetto a Clinton e persino rispetto a Reagan cfr. M. J. SANDEL, *La tirannia*, cit., *passim* ma specialmente pp. 27, 29, 70, 72-73, 75-76, 91-92 e par. intitolato «Il dibattito tecnocratico» del cap. IV, intitolato «Credenzialismo. L'ultimo pregiudizio accettabile». Su Clinton cfr. *ivi*, *passim* ma specialmente pp. 26-27, 68, 70-73, 75, 91 (Sandel dedica un certo spazio anche a Hillary). Su May cfr. J. LITTLER, op. cit., *passim* ma specialmente par. intitolato «Theresa May and the Middle England meritocrats» del cap. III. Su Blair cfr. note 11-14 e testo corrispondente.

²⁵³ Ricorda M. J. SANDEL, *La tirannia*, cit., p. 29, che, «[d]urante la sua presidenza, [Obama] usò questa frase [...] più di 140 volte» e che si tratta di una «variazione» della «massima secondo cui coloro che lavorano sodo e giocano rispettando le regole possono salire “fin dove li porterà il loro talento”»; massima che, «[n]egli ultimi anni, i politici dei due principali partiti [...] hanno ripetuto [...] fino alla noia. Tutti [...] l'hanno invocata, da Ronald Reagan, George W. Bush e Marco Rubio tra i Repubblicani a Bill Clinton, Barack Obama e Hillary Clinton tra i Democratici».

La ricetta meritocratica imperante è quella blairiano-obamiana: impegnarsi, studiare, lavorare. La genetica non rileva, il contesto nemmeno: esiste solo il libero volere, astratto, incondizionabile, disinteressato a ciò che entra nello stomaco (al reddito, alla ricchezza e all'alfabetizzazione della famiglia, all'alcolismo e al licenziamento del padre, alla disoccupazione e alla depressione della madre, al divorzio e via di seguito). Ecco perché il libro di Sandel, che ruota tutto intorno alla centralità della fortuna – al merito della fortuna, oltre che alla fortuna del merito -, può aiutare a ragionare²⁵⁴.

Solo riconoscendo con umiltà – il contrario dell'arroganza meritocratica - quanto si deve al caso, alle circostanze spaziotemporali, all'ambiente familiare ed economico-sociale, ai rapporti con genitori, parenti, maestri, vicini di casa, ci si può sentire in debito verso la propria comunità, ci si può sentire spinti a restituire, a ridistribuire, a vedere la propria vittoria e la sconfitta altrui come assai parzialmente meritate e, dunque, l'Altro come avente il diritto di condividere, sulla base dei propri bisogni, i frutti degli sforzi non solo di chi ha vinto imméritamente la lotteria genetica, ma anche di chi è nato dove e quando ha potuto trovare il tempo, la tranquillità, il supporto economico ed emotivo per vincere la lotteria sociale.

²⁵⁴ Tra coloro che affrontano la questione della fortuna in sede di critica della meritocrazia cfr. R. H. FRANK, *Success and luck, Good fortune and the myth of meritocracy*, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2016, e S. J. MCNAMEE, *The meritocracy myth*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2018⁴, *passim* ma specialmente cap. VII, intitolato «The luck factor: being in the right place at the right time».

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics
2021 n. 2 Vol. IX