

2022
n. 2
Vol. XI

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

Redattori centrali

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

Comitato di redazione

Filippo Alario; Adrian Bedford, Noelia Betetos Agrelo; Angelo Bonaiti; Raffaella Dagostino; Giovanni D'Elia; 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 Cerreda, Universidad de Santiago de Compostela; Sandro Amorosino, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid; Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paolofisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University Delaware; 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 Mamelì, 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

Giuseppe Vettori, La buona fede nella 'nuova' legalità plurale	p. 1
Simone Torricelli, buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale.	p. 29
Michele Trimarchi, Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione.....	p. 59
Nino Paolantonio, Buona fede e affidamento delle parti.....	p. 105
Maria Cristina Cavallaro, Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo...	p. 131
Giuseppe Tropea, Buona fede e processo amministrativo.....	p. 151
Gabriella M. Racca, L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici.....	p. 201
Luca R. Perfetti, Diafora della buona fede. Aggiornamenti dal diritto dell'economia.....	p. 227

SEZIONE II

PARTE I

Maria Cristina Cavallaro, Gestione dei migranti, emergenza sanitaria e sicurezza pubblica: verso un 'diritto amministrativo del nemico'?.....	p. 286
Guido Corso, Un "nemico" da combattere con misure amministrative?.....	p. 321
Antonio Barone, Sul "pupulismo amministrativo".....	p. 327
Alessandro Morelli, nemici, simboli ed emergenze. Notazioni su immigrazione e democrazia costituzionale (a partire da un saggio di Maria Cristina Cavallaro).....	p. 333
Edoardo Carlo Raffiotta, Spunti di riflessione a partire da Maria Cristina Cavallaro: il diritto amministrativo del nemico tra emergenza e garanzie costituzionali.....	p. 347

PARTE II

Fabio G. Angelini, La partecipazione dei privati al SSN tra servizio pubblico, concorrenza e discrezionalità amministrativa.....	p. 360
Paola Piras, L'Amministrazione digitale tra divari e doveri. "Non camminare davanti a me, ma al mio fianco."	p. 417
Carmela Robustella, La clausola generale di buona fede come criterio arginante l'uso arbitrario degli strumenti di tutela.....	p. 433
Nicola Colleto, Il principio di legalità nel diritto amministrativo in evoluzione. Riflessioni sulla sua attualità e sul suo avvenire, tra fattori di crisi e rapporti con il potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti.....	p. 487
Annalisa Gualdani, Le novità in tema di preavviso di rigetto.....	p. 533
Marco Ciraci, Beni comuni: prospettive sostanziali e processuali.....	p. 561
Manfredi Matassa, Una strategia nazionale a difesa del Cyberspazio.....	p. 625
Valentina Cingano, I limiti al sindacato del giudice penale sull'atto presupposto derivanti dal giudicato amministrativo.....	p. 655
Massimo Merola e Federico Macchi, La costituzione di diritti di garanzia e obblighi di notifica golden power tra teoria e prassi applicativa.....	p. 693

Antonio Saporito, Le Casse Previdenziali tra vecchi problemi e nuove discipline.....	p. 723
Jakub Handrlica, The Law of Non-Recognised States in International Administrative Law.....	p. 757
Yevhen Zabashta, The concept of state policy for enterprise development and its features in the context of European integration.....	p. 787
Oleksandr Pukhkal et al, Analysis of the Modern Functional Field of Effective Implementation of Public Control in the System of Public Administration in Ukraine	p. 807
Vladimir A. Zernov et al, Model of the value of postgraduate and doctoral studies for the economic culture of citizens.....	p. 827
Oksana Hnativ et al, Combination of Private Law and Public Law Principles in the Regulation of Investment Relations.....	p. 841

SEZIONE III

Tsubasa Doi, An Interim Report on "Subjectivization" and "Objectivization" of Administrative Law: Book Review of Luis Medina Alcoz, Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión, Madrid, Marcial Pons, 2016.....	p. 864
Luca R. Perfetti, Crepuscolo della distinzione tra diritto pubblico e privato? A partire da B. Sordi, Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica, Bologna, il Mulino, 2020.....	p. 895
Donato Vese, Il comportamento amministrativo nella prospettiva del diritto dell'economia: la responsabilità civile per danno da ritardo.....	p. 917

SEZIONE I

GIUSEPPE VETTORI

Professore emerito di Diritto civile presso l'Università degli Studi di Firenze

giuseppe.vettori@unifi.it

LA BUONA FEDE NELLA 'NUOVA' LEGALITÀ PLURALE

GOOD FAITH IN THE 'NEW' PLURAL LEGALITY

SINTESI

Lo scritto descrive il fondamento della clausola generale di buona fede, nel diritto Privato e nel diritto Pubblico, la sua evoluzione giurisprudenziale e il suo ruolo in una nuova legalità plurale. Si sofferma sulla funzione della clausola come rimedio risarcitorio, di riequilibrio e di inesigibilità della prestazione.

ABSTRACT

The paper describes the foundation of the general clause of good faith, in private law and in public law, its jurisprudential evolution and its role in a new plural legality. He dwells on the function of the clause as a remedy for compensation, rebalancing and non-collectability of the performance.

PAROLE CHIAVE: buona fede, rimedi, nuova legalità risarcimento, nullità selettiva, inesigibilità.

KEYWORDS: good faith, remedies, new legality, compensation, selective nullity, uncollectability.

INDICE: 1. Il fondamento costituzionale: un legame storicamente determinato . 2. La clausola di buona fede fra diritto privato e diritto pubblico. - 3. Buona fede e discrezionalità amministrativa. - 4. La 'nuova' legalità plurale. - 5. La buona fede nelle massime della Corte di Cassazione. Un ripensamento. - 6. Le conseguenze della violazione. La buona fede come rimedio risarcitorio. - 7. La Buona fede in funzione di riequilibrio: la nullità selettiva e il contratto quadro. - 8. Buona fede ed inesigibilità totale e parziale degli effetti.

1. Il fondamento costituzionale: un legame storicamente determinato

Il discorso deve partire da lontano nello spazio e nel tempo¹.

¹ Lo scritto riproduce l'intervento alla Giornata di studi organizzata a Firenze dal Prof. Simone Torricelli il 14 ottobre 2022.

Lo scritto utilizza, spesso in modo testuale, una pluralità di scritti dell'autore sulla buona fede. Ne indico alcuni: G. Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, Giuffrè, 1983 p.43ss; Id., *Autonomia privata e contratto giusto*, in Riv. dir. priv., 2000, p. 21 ss.; Id. *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in Eur. dir. priv., 2002,4,p.915 ss; Id. *Giustizia e rimedi nel diritto privato europeo*, in Eur. dir. priv., 2006,1,p. 53 ss.; Id., *La buona fede nel diritto privato europeo*, in Eur.-

Non si può affrontare il tema in chiave marcatamente municipale ed occorre rivolgersi alle grandi elaborazioni condotte, senza una norma scritta, in Germania, con Jhering nel 1861², in Francia con Saleilles³ nel 1907 e in America dagli anni 80 del novecento in poi.

Occorre ricordare il potente contributo della dottrina comparatistica. Si deve rileggere la letteratura d'epoca e quella moderna e contemporanea amplissima e ben nota. Solo così si può dare risposta a problemi di fondo come il contenuto della clausola generale e il suo rapporto con le norme costituzionali e le regole di validità. Su tutto ciò alcune belle pagine di Rodolfo Sacco devono essere analizzate con grande attenzione. Solo qualche cenno⁴.

Il rilievo della slealtà e della scorrettezza riceve attenzione dalla dottrina italiana sin dagli anni sessanta del 900 e la giurisprudenza si è adeguata, con ritardo e spesso in modo non convincente, perché la buona fede è un principio non meno importante di quanto espresso negli articoli 1322 e 1372. È una norma elastica imperniata su di una clausola generale. Ha una sua storia prima delle Costituzioni, dagli Stati Uniti ai paesi socialisti. Nulla deve, secondo Sacco, la clausola “a questo o quel comma della Costituzione italiana del 1947”. Per un motivo chiaro. “Il soggetto della trattativa aspira a concludere un contratto e ha interesse a non venire condizionato, nella sua determinazione, da menzogne,

dir. priv., 2002, 4, p. 15 ss.; Id. *La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb.cont.*, 2008, ora in Id. *Diritto dei contratti e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 271 ss.; Id. *L'abuso di diritto. Distingue frequenter*, in *Obb.cont.*, 2010, p. 166 ss.; Id. *Validità, Responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*, in *Pers.merc.* 2013, p. 279 ss.; Id. *Regole e Principi. Un decalogo*, in *Pers.merc.*, 2015, p. 5 ss.; Id. *Norme, dogmatica e sentenze: quid juris?*, in *Pers.merc.*, 2017, p. 73 ss.; Id. *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2015, 3; Id. *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Pers.merc.*, 2017, p. 15 ss.; Id. *Nullità selettive e “riequilibrio effettivo. L'evoluzione della buona fede*, in *Pers.merc.*, 2020, p. 27 ss.; Id., *Effettività fra legge e diritto*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 63 ss. (ove un'ampia casistica), p. 135 ss.; Id. *Buona fede, abuso ed esigibilità del credito*, in *NGCC*, 1, 2022, p. 185 ss.

2 Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadener-satz bei nichtigen Verträgen* Jher.Jahrb., 1861.

3 Saleilles, *De la responsabilité precontractuelle*, in *Rev.trim.dir.civ.*, 1907, p. 697

4 R.Sacco e G. De Nova, *Il Contratto*, Utet, Torino, 2016, p. 1183 ss.; ma v. anche, R.Sacco, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, *Riv.dir.civ.* 2005, n. 4, p. 417 ss.; G. Vettori, *La terza edizione del Contratto di Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova*, in *Riv.dir.civ.* 2006, n. 5, p. 617 ss. e da ultimo, testualmente, Id. Rodolfo Sacco e la civilistica del XXI secolo, in corso di pubblicazione sulla *Riv.trim.dir.proc.civ.*

sorprese, minacce, strapoteri contrattuali altrui” Sicché “invece di perdere tempo con la Costituzione occorre interrogarsi sulle norme che circondano la regola del codice”⁵.

L’art. 1372 evoca un preciso interesse alla conclusione del contratto, gli articoli 1337 e 1338 proteggono l’interesse a essere trattato correttamente senza mala fede. L’interesse tutelato è chiarissimo, sin dai tempi di Jering. Dolo, raggiro e minacce sono esempi di scuola della violazione della buona fede e l’art. 1440 ricorda che il dolo è anche fonte di responsabilità. Al dolo e alla violenza il diritto civile ha affiancato numerose figure di abuso e di scorrettezza (mancata informazione, costrizione, necessità e bisogno, distorsione del mercato). Non ha senso contrapporre, da una parte la volontà e l’assunzione del vincolo, e dall’altra colpa e responsabilità. Non solo. Da oltre 150 anni si è scoperto che la legge sul contratto protegge l’affidamento⁶.

Insomma le frontiere fra vincolo nascente dalla volontà e vincolo nascente dalla responsabilità si sono assottigliate. Chi vuole “tener distinti e non comunicanti la responsabilità da contratto valido e la responsabilità da fatto ingiusto ha compiuto una battaglia di retroguardia, incurante dei segni dei tempi e della lettera del codice”⁷. Di più. Il sistema di atipicità dell’illecito agevola il compito del giurista italiano rispetto ai tedeschi e alla *common law*, e ha portato ad estendere, sin dagli anni 60, la violazione della buona fede, scritta a grandi lettere nell’art. 2043 del codice civile sull’illecito.

Occorre, certo, costruire una tipologia a cui Sacco dedica molte belle pagine per descrivere la trattativa inconcludente, le ambiguità, la modificazione dei caratteri costituenti del contratto, le manipolazioni del consenso del contraente, la sorpresa, la paura, la povertà e il bisogno, le condizioni anomale del mercato ed altro ancora⁸.

5 R.Sacco e G.De Nova, cit.1189.

6 Id., p. 1190 ss.

7 R.Sacco e G. De Nova, *Il Contratto*, cit. p. 1194 e in nota un’ ampia bibliografia.

8 R.Sacco e G.De Nova, cit. p.1199 ss.

Sono note le critiche. Ne ricordo due, autorevoli. Natalino Irti parla di una “falla, uno squarcio rovinoso che genera ogni forma di soggettivismo”⁹. Massimo Luciani denuncia i pericoli di un giudizio caso per caso affidato “ai paradigmi morali [ideologici o politici] del giudice”¹⁰.

In entrambe le posizioni c'è un aspetto di verità: un uso non corretto dei concetti indeterminati può espandere il soggettivismo del giudice e dare spazio a forze sociali e politiche dominanti. Ma occorre riflettere sul ruolo del tempo.

Estranea all'ottocento, la buona fede penetra nel BGB ed è utilizzata con cautela sino alla prima guerra mondiale. Ha uno sviluppo forte nella Repubblica di Weimar e provoca poi una rivolta espressa con forza, nel volume, di Hedemann del 1933¹¹.

9 N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss. La fattispecie “attrae a sé gli eventi futuri” e il giudizio basato su quello schema è prevedibile. Il metodo valutativo, invece, conosce il fatto in base “alla sensibilità emotiva del giudicante” e l'assenza di una mediazione normativa apre la porta “a coloro che realmente detengono il potere” e “alla volontà autoritativa del magistrato”. Non solo. L'idea “metafisica di un diritto sovra positivo” nasconde di tutto (valori, utopie, ethos morale) senza che il precedente possa creare una ragionevole certezza perché un *corpus* coerente di casi “dovrebbe raccogliersi in principi generali e trascendere” la concretezza e singolarità del fatto. Ma il caso “presuppone la legge di cui è un esempio applicativo. Sicché non c'è caso senza una legge che stia prima e lo preveda e lo configuri”. Insomma la mancanza del sillogismo, della fattispecie e l'uso di clausole generali e valori determina un diritto che “perde a mano a mano qualsiasi razionalità e si risolve nell'occasionalità del puro decidere”. Id. *Destino di Nomos*, in N. Irti-M. Cacciari, *Elogio del diritto*, Milano, 2019, p. 113 ss.

10 M. Luciani, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione giustizia*, 2020 “Chi dà al giudice la sicurezza di conoscere la soluzione “giusta”, al di là di quella “legale”, nel politeismo dei valori in cui siamo immersi? Cosa l'autorizza a pensare d'essere in grado da solo d'intendere le correnti profonde della società, per poi trarne ispirazione per decidere il caso singolo, quando quelle correnti restano spesso nascoste anche alla più raffinata e collettiva indagine scientifica? Quale fondamento, in ordinamenti come il nostro, avrebbe il reclutamento del giudice professionale una volta che questi si senta autorizzato ad agire da filosofo morale? Che certezza si può mai avere che i *propri* convincimenti morali siano quelli “buoni” o che anche semplicemente coincidano con quelli del corpo sociale? Per quale ragione non si trae insegnamento dalla paradigmatica esperienza della dottrina dell'interpretazione affermata nel nazionalsocialismo (che andrebbe studiata sui banchi d'università per vaccinare contro imprudenti scivolamenti “sostanzialistici”), tutta volta ad affermare il primato della giustizia del caso singolo?”

11 J. W. Hedemann, *La fuga nelle clausole generali. Un minaccia per il diritto e per lo Stato*, (1933) con Introduzione e traduzione critica di L. Nivarra, Pacini Editore, Pisa, 2022.

Il volume è un repertorio delle critiche che la cultura nazional-conservatrice muoveva alla Repubblica di Weimar, alla “perdita di autorità della legge” e “alla mollezza dei concetti aperti”. Come si osserva giustamente è un libro ambiguo. Non se ne può fare una campione dell’ortodossia positivista. Hedemann è attratto dal ruolo politico e culturale delle clausole generali. “Parla di uno spazio legislativo lasciato aperto. Si sofferma sulla “perdita di autorità della legge e si propone di rimettere ordine là dove regnava il caos”. Aderì al nazismo. Che tramite le Corti, usò buone fede e buoni costumi “per assumere decisioni ispirate [alle] politiche del regime, specie in campo razziale” e per “adattare il diritto borghese al nuovo ordine imposto [...] dalla primazia dei sentimenti del popolo tedesco, mediati da Hitler¹². Insomma il libro di Hedemann opera e scrive in sintonia con un regime totalitario che ha alterato consapevolmente la struttura delle istituzioni democratiche e con essa la funzione delle clausole generali, utilizzate come stabilizzatori del sistema. Ma questa influenza nefasta di una folle ideologia politica non elimina il ruolo utile delle norme indeterminate.

Clausole generali e principi possono contribuire ad una positiva evoluzione del sistema giuridico, in un ambiente retto da un ordine costituzionale pluralistico, con molti benefici come la creazione e la correzione di nuovi istituti o l’uso di modelli più flessibili per la soluzione delle controversie.

Nei primi anni del novecento (con il BGB) le correnti anti formaliste in Germania avevano intuito che le società complesse originate da un passaggio a forme più mature di capitalismo, esigono che il giudice partecipi in qualche modo alla formazione del diritto¹³. Dopo la tragedia del nazismo, nella seconda metà del 900 con l’avvento delle Costituzioni, è divenuto sempre più chiaro un fatto. La fattispecie non riesce a galoppare dietro ai problemi di vita (come

¹² Id. p. 35.

¹³ L. Nivarra, *Introduzione a J.W. Hedemann, la fuga nelle clausole generali*, cit. p. 31 e 19 ss, 27 ss, 10 ss. Id. “Dentro” e “Fuori” *Lo strano caso delle clausole generali e dei principi generali*, in *Er.dir.priv.*, 1, 2022, p. 59 ss. con ampia valutazione critica della dottrina e della giurisprudenza

diceva Paolo Grossi) e la legge astratta e generale è sempre più inadatta ad ordinare la realtà. Sicché la complessità del sistema induce, prima a decodificare e poi ad espandere il ruolo ed il numero dei Principi e delle clausole generali. Senza creare miti o universali fantastici ¹⁴ e con un ampio filtro critico sulla contemporaneità. Che, come sempre, ha luci ed ombre.

Certo è che negli ultimi anni si premette, sempre più spesso il riferimento alla buona fede ad una serie di discipline di settore, secondo una tecnica oramai diffusa. E su questo occorre soffermarsi.

2. La clausola di buona fede fra diritto privato e diritto pubblico

Si sta affermando, in una serie di fonti legislative, la previsione iniziale di principi generali fra cui il richiamo esplicito alla buona fede oggettiva e all'affidamento.

Basta pensare all'art. 12 (coma 1, lettera Oa) della legge 120 del 2020 ove si integra l'art. 1 della legge 241 (con il comma 2.bis) del 1990 precisando che: *“i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”*. Al nuovo art. 10 bis della legge n.212 del 2000 che disciplina l'abuso del diritto del contribuente e da ultimo alla composizione negoziata della crisi d'impresa (d.l. 118 del 2021) ove si prevede l'obbligo di buona fede e precisi doveri per creditori e tutte le parti del rapporto¹⁵.

14 Per L.Nivarra (Id. p. 44-45) il libro di Hedelmann aiuta a eliminare una possibile ideologia delle clausole generali, presente oggi nel dibattito italiano, e serve a guardare quegli strumenti come “punto di osservazione privilegiato per inquadrare la prodigiosa capacità dell'ordine giuridico del mercato di conservare sé stesso anche a costo di cambiare completamente pelle”.

15 V. gli articoli: 4:” Durante le trattative le parti si comportano secondo buona fede e correttezza”. 5: “L'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori”. 6: “Le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato. L'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore. Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto e rispettano l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative. Le medesime parti danno riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata”.

Come si è osservato la prassi diffusa di premettere una serie di principi prima alle regole di settore ha una ragione precisa: da un lato la perdita di coerenza sistematica dell'ordinamento non più ancorato alla sola radice del codice civile¹⁶, dall'altro il convincimento nella dottrina più autorevole¹⁷ e nella giurisprudenza recente del Consiglio di Stato¹⁸, che la buona fede e l'affidamento siano principi fondamentali anche nel diritto pubblico¹⁹, non fosse altro per-

16 R.Rordof, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in il Fall., 2021, 5, p. 603ss.

17 A.Travi, *La tutela dell'affidamento e del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione*, in Diritto Pubblico, 1, 2018, p. 121 ss. in part. p. 128 ss. e per una recente sintesi degli orientamenti recenti: G. Cirielli, *Il conflitto tra il principio di affidamento e la prassi nell'ordinamento giudiziario. Alcuni casi recenti all'attenzione del CSM*, in Diritto vivente, 2021.

18 Cons. Stato, 31.12.2020, n.8546 citato da Cirielli, par.14 “Il dibattito sulla responsabilità derivante dalla non corretta gestione della dinamica relazionale nella contrattualistica pubblica ha costituito da tempo l'ambito più fertile di sviluppo della teorica di un sistema di diritto comune che attingendo ai principi civilistici ne mutua l'essenza al fine di ampliare la soglia della risarcibilità ed elevare il livello di collaborazione richiesto alla pubblica amministrazione, seppur senza rinunciare alle prerogative del proprio potere autoritativo. La commistione tra regole pubblicistiche e regole privatistiche che ne connota la disciplina, infatti, si da renderle operanti non in sequenza temporale, ma in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione, ben giustificano l'approccio osmotico a categorie concettuali tipiche del diritto privato da parte dei titolari di pubblici poteri (cfr. sul punto Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237). Da qui la rilevanza attribuita a quelle di correttezza, che non possono pertanto essere relegate soltanto ad una o più delle singole fasi in cui si suddivide una gara, ma le permeano nella loro interezza, in quanto le stesse, oltre che intrise di aspetti pubblicistici e privatistici, sono tutte pur sempre teleologicamente orientate all'unico fine della stipulazione del contratto. Prima della quale, dunque, il loro rispetto non può che riguardare le “trattative”, il “contatto” più o meno intensamente qualificato nelle quali esse si sono circostanziate, a seconda del grado di sviluppo del procedimento. Va ricordato altresì come la differenza tra violazione delle regole pubblicistiche e civilistiche risiede nel fatto che la prima, in quanto riferita all'esercizio diretto ed immediato del potere, impatta sul provvedimento, determinandone, di regola, l'invalidità; l'altra, invece, si riferisce al comportamento, seppur collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere, complessivamente tenuto dalla stazione appaltante o dall'amministrazione aggiudicatrice nel corso della gara e la loro violazione genera non invalidità provvedimento, ma responsabilità. Il che non può non valere anche con riferimento alla condotta del privato, seppure a sua volta destinata a confluire in atti dell'Amministrazione. Essa, dunque, va egualmente valutata alla stregua della rispondenza ai richiamati canoni di correttezza comportamentale, non potendo certo porsi sullo stesso piano un errore o una dimenticanza o, come nel caso di specie, una scelta determinata da errore di diritto scusabile, e un'altra, consapevolmente volta invece a trarre in inganno il contraente pubblico. Diversamente opinando, si arriverebbe al paradosso di “punire” con maggior rigore la condotta che abbia inciso in via “mediata” su un provvedimento, rispetto a quella ascrivibile direttamente al funzionario preposto ad esprimere la volontà dell'Amministrazione, la cui responsabilità, espressamente evocata in caso di annullamento d'ufficio dal portato testuale del

ché non esistono “argomenti idonei ad escludere conseguenze patrimoniali a carico della PA in caso di violazione di regole fondamentali di condotta”²⁰.

La Corte costituzionale ha confermato tutto ciò in una delle prime sentenze del 2023, precisando il rilievo della tutela dell'affidamento e della buona fede nella condotta della Pubblica Amministrazione, sulla scia di reiterate sentenze della Corte EDU. In tal modo “si dà corpo all'interpretazione dell'art.1 Prot. Addiz. CEDU” come parametro interposto, “volto a specificare la violazione dell'art. 117, primo comma della Costituzione”. Con una conclusione chiara: il diritto al rispetto dei propri beni” implica anche la “piena tutela all'affidamento legittimo” come “situazione soggettiva dai contorni più netti di una semplice speranza o aspettativa di mero fatto “. Così “in una pluralità di casi concernenti indebiti retributivi e previdenziali erogati da soggetti pubblici” si sono precisati “i criteri per identificare un affidamento legittimo” e “le condizioni che tramutano la *condictio indebiti* in un'interferenza” nei confronti di tale affidamento. Se la Corte EDU fonda le sue censure sulla “proporzionalità” la Corte Costituzionale trova “il perno” per la soluzione del conflitto nella clausola di buona fede oggettiva. Ciò perché tale normativa “è la cornice giuridica capace di valorizzare, a livello nazionale, e condizionare l'obbligazione restitutoria prevista dall'art. 2033 del codice civile. In base a presupposti che corrispondono a quelli individuati “dalla Corte EDU per fondare il riconoscimento di un affidamento legittimo circa la spettanza di una prestazione indebita erogata”²¹.

comma 1 dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241 del 1990, rientra comunque nella normale perimetrazione della colpevolezza”. Par. 15. “Il paradigma cui ascrivere la fattispecie, dunque, quanto meno in termini astratti, è quello della responsabilità precontrattuale, collocandosi il comportamento che ha causato l'evento dannoso nella fase antecedente la stipula del contratto pubblico, nella quale il Comune, prima ancora che la Società, aveva fatto affidamento per garantire l'attivazione del servizio di mensa nella tempistica preventivata in connessione con la tipologia del luogo di effettuazione dello stesso (un Centro estivo)”.

19 A. Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione*, cit.p.121ss. e il richiamo nella nota 1 alle molte sentenze della Corte costituzionale.

20 A. Travi, ult.cit.; S. Torricelli, *Il principio della buona fede nelle procedure di gara, tra obblighi (dell'impresa) di informare e obblighi (dell'Amministrazione) di informarsi*, in *Munus*, 2020,p. 477 ss.

21 Corte cost. 27 gennaio 2023 n. 8.

Resta da chiarire il significato di tale estensione ed occorre premettere alcune considerazioni sulla peculiarità del diritto amministrativo, sul declino della Grande dicotomia fra pubblico e privato e sul ruolo della clausola generale. Iniziamo dal primo aspetto.

3. Buona fede e discrezionalità amministrativa

Si è osservato che il senso del diritto²² amministrativo può riassumersi in un concetto preciso:” la discrezionalità, ossia gli spazi più o meno ampi che la legge rimette alle valutazioni delle pubbliche amministrazioni titolari di poteri, proprio attraverso il ricorso alle clausole generali.” Le quali incidono “sul principio della legalità sostanziale”²³. Con un pericolo evidente²⁴, rilevato dalla stessa Corte costituzionale²⁵. “La norma attributiva del potere non può essere una norma in bianco [] né una delega all’arbitrio dell’autorità amministrativa, imprevedibile per il cittadino e insindacabile per il giudice”²⁶. Specie per quanto attiene ai poteri delle Autorità indipendenti²⁷.

“Da qui il rapporto fra regole e discrezionalità” che determina “una progressiva erosione della cosiddetta riserva di amministrazione, [] a favore di un controllo giurisdizionale ”²⁸ e il necessario recupero secondo il nostro autore, “della legalità sostanziale a tutela della prevedibilità degli atti della PA e delle si-

22 M. Clarich e M. Romajoli, *Diritto Amministrativo e clausole generali: un dialogo*, ETS,Pisa, 2021, p. 5-7.

23 Id.p. 10-12. E il richiamo a M.Weber, *Economia e società*, Milano, 1995, p. 472.

24 Corte cost. 6 febbraio 2019, n.45 sulla SCIA

25 Corte cost. 7 aprile 2011,n.115.

26 Cons.St., III sezione, 5 settembre 2019, n.6105 e Corte EDU, De Tommaso c.Italia, 23 febbraio 2018 (43395/09)

27 F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, p. 31; M.Clarich, *Autorità indipendenti-Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 72ss.; E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica politica e democrazia*, Torino, 2019, p. 88 ss. G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, Dir.amm.,2007,p.703 ss.

28 M.Claric, cit. p. 28 e la limpida ricostruzione del pensiero classico sul tema pp.17-28.

tuaZIONI soggettive dei privati tramite diversi strumenti²⁹ e criteri forniti anche dalla giurisprudenza³⁰.

La conclusione è chiara.

Attribuire al giudice l'ultima parola nella applicazione delle clausole generali "intacca le prerogative della PA" ed occorre trovare correttivi. Per una serie di ragioni. In ogni ordinamento l'equilibrio fra giudice e amministrazione "si colloca in un punto intermedio fra due estremi. La totale insindacabilità del potere amministrativo, non conforme allo Stato di diritto e un potere giudiziale pieno, incompatibile con il principio di separazione dei poteri". Non solo. Il tema dell'applicazione delle clausole generali è diverso rispetto alle tematiche di diritto civile. "Nel diritto amministrativo, la sussunzione del fatto concreto nella clausola generale, posta a livello di fattispecie normativa, è operata in prima battuta da un soggetto (la pubblica amministrazione) che è di norma esterno ai rapporti inter-privati regolati da clausole generali". Sicché "il giudice opera, per così dire, in seconda battuta" e questo "introduce un elemento di complessità che spiega le incertezze in dottrina e le oscillazioni giurisprudenziali"³¹

In altra prospettiva il tema è trattato con diversa sensibilità.

Si ricordano le recenti disposizioni che estendono il rilievo della buona fede al procedimento amministrativo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato

29 Id. fra i quali : "un rafforzamento delle garanzie procedurali" come il contraddittorio "funzionale ad un accertamento più accurato dei fatti, alla concretizzazione della "norma attributiva del potere" discrezionale e alla protezione degli interessi coinvolti, specie nei giudizi delle Autorità indipendenti; un auto-vincolo alla discrezionalità che può essere un modo per "recuperare in parte, sia pure in via sub-legislativa, le esigenze di tipizzazione sottese alla legalità sostanziale"; infine l'attività interpretativa del giudice che può sviluppare "parametri, criteri e situazioni tipiche". In tal modo "alla tipicità dei comportamenti illeciti l'ordinamento reagisce, entro certi limiti, con l'atipicità dei poteri necessari per reprimerli".

30 Corte cost. 6 marzo 2019, n.24 osserva che "la predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può limitarsi legittimamente un diritto costituzionalmente garantito [può] essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione" v. M. Clarich, cit. 35.

31 M. Clarich, cit. p. 41 e il richiamo a C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, in C. Schmitt, *Le categorie del politico*, Milano, 1972, p. 239 ss.

sul dovere di correttezza nella fase precontrattuale³² e la più autorevole dottrina privatistica³³ e pubblicistica³⁴. Con un richiamo, anche in questa analisi, alla specificità del diritto amministrativo, ma con una puntuale distinzione fra l'interesse pubblico da perseguire con l'atto amministrativo e il comportamento di chi agisce.³⁵

Separare i due momenti consente “di guardare con maggior distacco alla questione del rapporto tra attività amministrativa e attività giurisdizionale”. Stante la piena consapevolezza di un dato.

“La scelta discrezionale è una scelta funzionalizzata alla “realizzazione dell'interesse pubblico che l'amministrazione deve curare in concreto”. Formula un giudizio di legittimità dell'azione che “trae fondamento nella legge o nelle fonti sovranazionali e comporta un *quid novi* rispetto alla situazione preesistente”. Il dovere di correttezza, invece, opera in base ai criteri dell'ermeneutica e impone un criterio di valutazione dei comportamenti ai fini dell'accertamento di una responsabilità³⁶.

4. La ‘nuova’ legalità plurale

L'analisi delle due posizioni esige, in ogni caso, una riflessione sul principio di legalità. Non fosse altro perché il sistema delle fonti è mutato. Il giudice

32 M. Ramajoli, in M. Clarich e M. Ramajoli, cit. p. 44-45 ed ivi i richiami a E. Fabiani, voce *Clausole generali*, in Enc.dir., Annali, vol. V, Milano, 2012, p. 183 ss. e Cons. stato, Ad pl., 4 maggio 2018, n.5, in Giur.it., 2018,1983, ss. con nota di G.D. Comporti, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*: C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 327 ss.

33 P. Rescigno, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in Giur.it., 2011, p. 1689 ss e L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in Riv.crit.dir. priv., 1986, 5 ss. che reputa le clausole generali uno “strumento ‘ineliminabile’ nella tecnica legislativa una volta che sono state abbandonate la tentazione e l'utopia di una minuziosa ed esaustiva disciplina casistica”

34 L. R. Perfetti, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. I problemi dell'equità*, in Giur.it., 2012, p. 1213 che considera le clausole come “luogo di emersione dell'ordinamento giuridico della società” e V.Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2020.

35 M. Ramajoli, cit. p. 45-51.

36 Id. p. 60-73. S.Torricelli, *Il principio di buona fede nelle procedure di gara*, cit. p. 477 ss.

di rado applica semplicemente una norma e deve, più spesso, comporre frammenti di regole o tener conto di varie forme di percettività. Di più.

Il tempo incide sulla giuridicità in modo visibile specie quando è difficile afferrare il reale³⁷ e individuare le strade che possono aprirsi al tramonto delle nostre antiche visioni del mondo.³⁸

Paolo Grossi ci ha lasciato pagine illuminanti sulla legalità e la separazione dei poteri, verità per molto tempo indiscusse da riesaminare in un *continuum* storico. L'una, la legalità, ha realizzato il progetto della modernità di vanificare ogni lettura della realtà diversa dalla legge. L'altra, la separazione, fu pensata per arginare il potere del principe, ma ha finito per sottrarre ai giudici e alla scienza giuridica ogni spazio nella produzione del diritto. Da qui una grande rivoluzione e una grandissima riduzione del diritto civile alle esigenze del potere politico e alla classe dominante che ha il suo approdo nel Code Napoleon. Il punto di svolta si ha con le Costituzioni nate per ricondurre le leggi al diritto dopo le illusioni giusnaturalistiche e la tragedia dei totalitarismi.

I tratti del presente sono chiari a Grossi. Storicità di un sistema di valori, interessi e fatti che si intrecciano in un ordine ove lo Stato e la Repubblica svolgono ruoli diversi e concorrenti. Fattualità ed effettività che impongono di far coincidere la forma e la sostanza nella proclamazione dei diritti e dei doveri. Il fattore democratico espresso da una legalità plurale che esige un compito nuovo delle Scienze sociali, sollecitato dal maggior peso della giurisprudenza e una responsabilità ermeneutica che fissa il preciso dovere per chi giudica o interpre-

37 J.L. Nancy, *Un trop humain virus*, Paris, Bayard, 2020

38 C. Rovelli, (*L'ordine del tempo*, Milano 2027), un grande fisico, racconta della perdita di unicità del tempo del suo scorrere in modo diverso, in montagna e in pianura, o a seconda della massa che incontra e della velocità. Sicché non si "può descrivere come il mondo evolve nel tempo: descriviamo le cose evolvere in tempi locali e i tempi locali evolvere *uno rispetto all'altro*". Insomma "il mondo non è come un plotone che avanza al ritmo di un comandante. E' una rete di eventi che si influenzano l'un l'altro". Come ci insegna "la teoria della relatività generale di Einstein" (p.25). Sull'incertezza sono fondamentali le riflessioni di G. Benedetti, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p.83 ss.

ta di comprendere il proprio tempo e di usare in modo corretto Regole e Principi.

Il diritto penale non sfugge a tale logica³⁹.

Esiste un'esplicita riserva di legge (art.25 Cost.), che una recente sentenza intende come esplicito riferimento al testo scritto⁴⁰. A ciò si aggiunge il divieto di analogia *in malam partem*. Ma il sistema è profondamente mutato⁴¹.

Il ruolo dell'interpretazione è ampio, perché la lettera della legge si ferma in presenza di casi non tipizzabili. Il che fa parlare, anche in tale settore, di un'età della interpretazione e di ipotesi ove è necessario andare oltre la legge. Si sottolinea una svolta netta che pone il giudice al centro del rapporto fra fatti e valori, perché ad esso non spetta più il solo ruolo di ricerca della norma applicabile o della interpretazione conforme e dunque di ricerca di una norma preesistente. Oggi si chiede a chi giudica di foggare la regola. Se prima potevano esserci avvisaglie in alcune fattispecie legislative (abuso d'ufficio, colpa grave), la pressione dell'ordinamento comunitario ha determinato una svolta. Per un fatto chiaro.

I principi di garanzia sono incorporati nei criteri dell'Unione europea e sono dunque direttamente applicabili. Basta pensare al principio di *ne bis in idem*, in caso di sanzioni penali e amministrative che spetta al giudice valutare in

39 V. da ultimo R. Bartoli, *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Presentazione degli Atti del Convegno organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Firenze il 20 maggio 2022*, in *Sistema Penale*, 12, 2022, ed ivi F. Palazzo, *La "nuova" legalità e il ruolo della Corte di Cassazione*; G. Lattanzi, *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Appunto per la presidenza della sessione mattutina*; G. Zaccaria, *Una "nuova" legalità penale tra testo e interpretazione*; G. Canzio, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*; D. Pulitanò, *Legalità penale e nomofilachia*; V. Zagrebelsky, *Legalità penale. La posizione della Corte europea dei diritti umani*; E. Lupo, *Prospettive della legalità penale*; R. Orlandi, *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di Cassazione*.

40 Corte cost. n. 98 del 2021

41 Emblematico è il noto caso Contrada ove la Corte di Strasburgo ha ritenuto che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa sia nato con una pronunzia nazionale del 1994 e non possa, dunque, essere prevedibile e percepibile prima di tale data, con conseguente condanna dell'Italia. La sentenza confermata dalla Grande Camera, nonostante le molte critiche, implica che si possa giovare del principio in essa contenuto in altri casi

concreto (Corte cost. n.149 del 2022), e al principio di proporzionalità della pena che l'art.49 CEDU consegna al giudice.

Insomma il ruolo della giurisdizione si accentua nei casi di applicazione diretta dei principi e conferisce al giudice penale una capacità ordinante che la norma ha perso. Tutto ciò è espressione per molti di una forma di democraticità sostanziale, perché avvicina il giudice alle vicende concrete della società, più di quanto possa fare la legislazione. Con alcuni pericoli.

Anzitutto il carattere diffuso del potere giudiziario, il peso dell'espansione del diritto applicabile dovuta a fattori storici strutturali che richiedono antidoti e sorveglianza. Che non manca nelle sentenze della Corte costituzionale, quando si rivaluta il ruolo della legge (Corte cost. 230 del 2012), si riafferma il ruolo del divieto di analogia (cost. 98 del 2021) e si esprime il favore di una dichiarazione di costituzionalità rispetto alla disapplicazione della norma interna difforme dal diritto dell'Unione europea. Ma occorre andare oltre.

Il legislatore deve emanare norme chiare e coerenti. Il Massimario della Cassazione è tenuto a costruire un modello di problemi applicativi per razionalizzare la giurisprudenza di legittimità, procedendo per singoli settori nel delineare il diritto vivente, tramite la corretta creazione del precedente tramandabile. (Cass. 14747 del 2019). Si pone in guardia dal rimanere abbagliati dai principi e dai valori e si critica l'esorbitanza di alcuni giudici. Da controllare con una effettiva nomofilachia e con una pluralità di contegni convergenti. L'apporto dell'avvocatura e dell'Università. L'attenzione alle norme delle Corte di Strasburgo del tutto consolidate. L'autocontrollo, il senso del limite e dubbio metodico di chi giudica. La trasparenza delle ragioni della decisione (art. 65-68 ord. Giudiziario).

C'è un altro profilo da sottolineare con forza.

Come si è osservato esattamente la distinzione fra diritto pubblico e privato non segue la logica del pendolo, ma si manifesta come una realtà complessa. Ove la mano visibile del diritto agisce in modo diverso e con gradi di inten-

sità distanti da periodo a periodo⁴². Il fatto nuovo accade agli inizi del secolo. Si moltiplicano le fonti e gli attori in un complesso intreccio di livelli normativi differenti che si muovono in una nuova legalità scandita da “un continuo e incessante movimento”. In questo scenario il diritto privato è profondamente mutato e non si basa più, da molto tempo, su un modello formale e astratto di eguaglianza.

Il rilievo della disparità di potere e le forme di protezione sono centrali. La regolazione si è estesa dal pubblico al privato e in ampi settori della tutela dei diritti fondamentali relativi al patrimonio al biodiritto, all'identità personale.

Tutto ciò attribuisce al diritto privato una vocazione costituzionale costruita in antitesi e in netta contrapposizione a quella del codice civile. Di fronte a questa espansione e centralità dei diritti il potere pubblico “ha perso l'impronta imperativa e autoritaria dell'800 e si è avviato verso una specialità sempre più aperta e multiforme”⁴³.

Insomma la netta separazione è stata in gran parte archiviata e si va verso un'unità sorretta da principi di diritto da fissare “intrecciando i linguaggi, le soluzioni per sperimentare nuove compatibilità e nuovi equilibri e confini”⁴⁴. Tramite un'opera attenta dei Giudici e della Scienza giuridica. Evitando generalizzazioni eccessive per sperimentare, invece, tecniche e strumenti diversi come la interazione e la contaminazione di forme e sistemi normativi, usando una buona dogmatica e molta fantasia nella costruzione di nuove soggettività, diritti, e doveri, tratti da un ordine fondato sulla legge nazionale, il sistema comunitario, i vincoli internazionali, le Authority e i precedenti giudiziari.

5. La buona fede nelle massime della Corte di Cassazione. Un ripensamento

42 G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna il Mulino, 2022, pp.19,47,58,68,69,99.

43 Così B. Sordi, B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, pag. 11, Bologna, il Mulino, 2020, p.220 ss. A.Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, il Mulino, Bologna, 2020.

44 B. Sordi, cit.p.226 ss.

Il sistema subordina il contegno delle parti ad un dovere di correttezza, autonomo e precettivo, talmente radicato nel nostro ordine giuridico da non tollerare smentite. Come si è osservato si può solo separare i vantaggi dai rischi dell'indeterminatezza della buona fede⁴⁵ per non smarrire la coerenza dell'ordine oggettivo⁴⁶. Solo un cenno.

Sino agli anni sessanta del novecento la giurisprudenza aveva sostanzialmente escluso il valore della clausola come fonte autonoma di un diritto e di un obbligo⁴⁷, ma dagli anni settanta in poi la dottrina e la giurisprudenza hanno consolidato un valore precettivo e autonomo della clausola generale, nonostante si lamenti la perdita di calcolabilità del diritto positivo⁴⁸ e si reputi che “eventuali carenze di tutela debbano essere soddisfatte dal legislatore”. Che solo potrebbe disporre “di tutti gli elementi di giudizio necessari per effettuare una valutazione dei diversi interessi”⁴⁹. Si comprende così come il tema abbia attratto la riflessione del filosofo, sempre più dentro “al conoscere e all’operare del giurista”⁵⁰, nella ricerca di un giusto equilibrio fra legge e giurisdizione⁵¹, basato su chiare scelte di politica del diritto guidate da Logica e Dogmatica⁵². Ve-

45 A. Gentili, *Prefazione* a V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. XVII.

46 G.D’Amico, (a cura di), *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2017, ed ivi la Presentazione di P. Grossi e i saggi di L. Rovelli, C. Lattanzi, G.D’Amico, F.Di Marzio, S.Patti, E.Scoditti, S. Pagliantini, F. Macario. ma v. anche il saggio di E.Navaretta, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust.civ.*,2020,p.243.

47 Cass. 16 febbraio 1963, n. 357 in *Foro pad.* 1964, I, c.1283 con nota critica di Rodotà, *Appunti sul principio di buona fede*.

48 Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss e Id, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in Carleo, *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, p. 17 ss.

49 V. D’Amico, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Il contratto*, Milano ,2021, p. 607

50 Si considera giustamente un classico, il volume di V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*,cit., p. 95.

51 Sul punto P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, 63 ss; Id. *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021, in part. p.142-145 da un lato isolando l’auto-ordinarsi della società come filtro sistemico capace di scegliere “fra la folla dei fatti ed interessi solo quelli meritevoli di essere tutelati e promossi”, dall’altro non ripetendo all’infinito i difetti della giurisprudenza in un ordine politico, non solo nazionale, ove “la democrazia parlamentare offre la figura di un legislatore spesso assente, spesso sordo, spesso impotente, spesso addirittura cosciente di dover abdicare alle vecchie pretese totalizzanti”

52 Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè 1996, p. 51 nt 68 e il richiamo a Leibniz, 1968, p. 508 .

diamola da vicino. Una bella analisi di alcuni anni fa esamina, prima della funzione, la struttura semantica delle clausole generali che appaiono come termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi non vaghi, ma indeterminati. Da concretizzare con criteri esterni e interni al diritto⁵³ fra loro “potenzialmente concorrenti”. Utilizzando il sillogismo, interno, per un controllo di coerenza fra premesse e decisione ed esterno per la scelta dello *standard* e del suo contenuto⁵⁴.

Se seguiamo questo metodo occorre formulare, a volta a volta, una premessa maggiore largamente condivisa, e una minore dettata dal caso concreto.

La premessa maggiore è chiara.⁵⁵ Le origini romane, arricchite dalla dogmatica tedesca e rafforzate dalla scienza giuridica e dalla giurisprudenza, anche italiana, scandiscono un ordine consolidato. Dal dovere di correttezza e buona fede sorgono obblighi reciproci e autonomi di prestazione e di protezione. Questa tecnica di formazione giudiziale e sapienziale delle regole integra il rapporto credito-debito con percettività altra e diversa rispetto al rapporto voluto dalle parti. Essa “pone un limite all’esercizio del diritto di credito quando l’interesse del creditore entri in conflitto con un interesse del debitore che nel sistema degli interessi protetti assuma un valore preminente”⁵⁶.

La premessa minore deve considerare la carica normativa del fatto.

Come si è accennato esattamente la valutazione giudiziale deve attingere a quella che è stata definita la ‘legalità del caso’⁵⁷ o il dovere di verità dell’interprete nel ricercare la regola più “congrua, convincente, adatta, appropriata a

53 V. Velluzzi, cit.p.56-57

54 L. Gianformaggio, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo* (1991), in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Di Ciotti e V. Velluzzi, Torino, 2008, p. 28. Ove la conclusione che “un giurista privo di consapevolezza critica è un cattivo giurista” mentre “un filosofo del diritto che non conosce il diritto non è un filosofo del diritto”

55 Velluzzi, cit.

56 L. Mengoni, voce “Responsabilità contrattuale” in Enc. dir. vol. XXXIX, Giuffrè, Milano 1988p. 1072 ss.

57 C. Scognamiglio, *La Vervirkung e i suoi limiti innanzi alla Corte di Cassazione*, in NGCC, 2021, 2, p. 1189 e il richiamo a F. Viola, *La legalità del caso*, in *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell’ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Esi, 2007, 315 ss

soddisfare le esigenze pratiche alla base del fatto storico”. Angelo Falzea parla “di convenienza e adattabilità dell’effetto al fatto”⁵⁸ a cui deve obbedire anche il procedimento ermeneutico⁵⁹. Vincenzo Scalisi osserva che “la regola deve recepire e conformarsi alla normatività insita nel fatto stesso” richiamando le taglienti parole di Salvatore Pugliatti: “nel cuore del fatto non c’è soltanto l’essere, ma fuso insieme ad esso e inscindibile da esso c’è anche il dover essere”⁶⁰. Parole limpide e chiare a tutti. Chiunque decide una lite, consulta un repertorio o studia una casistica, sa bene di cosa si parla. L’interprete deve indagare la “carica di valore contenuta nel fatto e alla luce di essa interrogare il testo”⁶¹. Perché la giuridicità è comprensiva del dato positivo e del dover essere portato dai fatti, osservato in base a quello che scorre nella vita sociale⁶². Solo una precisazione.

Credo che la Corte di Cassazione dovrebbe ridefinire la massima secondo cui ogni contraente deve salvaguardare la posizione dell’altro.

Tutto è più chiaro se ci riferiamo a parole semplici e di valore universale. Ogni etica laica o religiosa ed ogni filosofia antica o moderna si riconosce nella reciprocità. Nessuno può tenere un contegno che non desidera subire dalla controparte. Se le parole sono “il grande portone attraverso il quale il diritto entra nella coscienza degli uomini”, se la *ratio* della norma si può ampliare solo tramite un’estensione semantica. Se tutto ciò è vero non si deve scordare che la buona fede è un lemma normativo che trova nella reciprocità il suo fondamento semantico e positivo⁶³. Solo una breve digressione.

58 A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 62.

59 V. Scalisi, op. cit., p. 1268

60 S. Pugliatti, *Per un convegno di diritto cosmico* (1961), in *Scritti giuridici*, VI, Milano, Giuffrè, 2012, p. 44

61 V. Scalisi, op. cit. p. 1266.

62 P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

63 Già in G. Vettori, *Buona fede abuso e inesigibilità*, cit.

In una brillante analisi⁶⁴ si osserva che i concetti ricorrenti di solidarietà, giustizia, equità, eguaglianza, buona fede, effettività, pongono il problema del passaggio dal giudizio ontologico al fatto e viceversa. Il che richiede non solo una dimostrazione e coerenza razionale ma pone un'alternativa fra la possibilità di ordinare razionalmente e *l'intuire* che esce dal diritto e dunque è inammissibile.

Ciò perché non si può creare una regola da un valore senza “passare da una sua formalizzazione semantica attraverso disposizioni vigenti”. Non si può disapplicare una norma ordinaria sulla base della priorità della norma costituzionale neppure ragionando, finemente, sulla diversità della disapplicazione del concetto normativo tratto dalla norma dall'annullamento della disposizione ordinaria che spetta alla Corte costituzionale. Né è possibile il richiamo allo spirito del tempo eludendo la lingua e le parole che restano, in questa visione, ineliminabili. Secondo lo schema dettato dell'art.12 delle preleggi ove il riferimento alla *ratio* non può che significare prevalenza dell'interesse regolato dalla norma e dell'art. 101 della Costituzione. La quale limita la discrezionalità dell'interprete⁶⁵ e la separazione dei poteri in un *ordo superior* delimitato secondo una rigorosa razionalità semantica. Fuori di tale limite non c'è diritto e il richiamo dei principi “esige il passaggio dalla vaghezza del puro astratto alla concretezza della fattispecie”⁶⁶.

Una replica a questa visione è possibile in questi termini. La realtà nel diritto va oltre le parole ed è possibile fissare “un essenza sociale” dei fatti che non occupano uno spazio fisico ma sono soggetti al tempo come i doveri e i diritti.

64 M. Orlandi, *Introduzione alla logica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 15 ss., e i riferimenti a N.Irti, *Rilevanza giuridica*, in *Norme e fatti*, 1984, p. 55 ss. Id. N. Irti, *Riconoscersi nelle parole*, il Mulino, Bologna, 2020, p. 12-13

65 M. Luciani, *Interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Enc. dir. Annali*, 2016, Giuffrè, Milano, p. 433-437

66 M. Orlandi, *ci.* p.209, 216 nota 247, 218, 226-227.

La loro esistenza non ha niente di oscuro o di mistico, ma è orientata da interessi, bisogni ed azioni che esigono risposte. Per la loro conversione in diritto la fattispecie è uno schema utile e necessario, ma esistono altre forme di “quadratura e di certezza” in una società complessa. La legalità costituzionale fissa un ordine preciso e precise funzioni per la legge, i giudici, la Scienza giuridica. Un ordine che supera e contamina le parole e la *ratio* dell’art.12 delle Preleggi al codice civile, affidando alla dogmatica, alla teoria dell’argomentazione e alla nuova retorica il compito di recepire la confluenza continua fra Logica e Storia.

Anche perché, come si è giustamente osservato, legalità ordinaria e costituzionale, Stato di diritto e Stato costituzionale non sono in armonia e una “loro conciliazione è indispensabile se si vuole che l’ordinamento funzioni”⁶⁷.

Quanto al ruolo dei principi è noto che i problemi più sensibili, dalla nascita alla morte, sono stati affrontati e risolti, negli ultimi decenni utilizzando il potere-dovere del giudice di applicare la legge anche in casi non espressamente previsti (art.12disp.att.c.c.), sulla base di riferimenti normativi come “dignità, identità, libertà” a cui dovremo ricorrere ancora in difesa dei diritti civili e di libertà⁶⁸.

6. Le conseguenze della violazione. La buona fede come rimedio risarcitorio

Sulle conseguenze della violazione della clausola si è espressa la grande dogmatica degli anni trenta del novecento⁶⁹, da cui muove la distinzione fra

⁶⁷ M. Luciani, cit.p. 462.

⁶⁸ P. Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009, p.29 ss. in part.38. e ora V. Pescatore, *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, Torino, Giappichelli, 2021, ed ivi V. Pescatore, *La legge tedesca sui trattamenti di conversione al crocevia tra libertà fondamentali e diritto all'identità personale*, p.5 ss., 13 ss.

⁶⁹ A.E. Cammarata, *Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica (1929)*, in *Formalismo e sapere giuridico. Studi.*, Milano, Giuffrè, 1963, p.277 Chiave di volta della logica giuridica è :” la distinzione tra l’elemento formale e l’elemento materiale del diritto: altro è la norma, altro è l’insieme dei presupposti o condizioni cui la norma medesima subordina la propria applicazione: altro, in termini più poveri, è la regola, altro l’addentellato, il *support* della regola”. Id.p. 280 “senza il fatto, il valore non si particularizza mai nelle singole valutazioni: il fatto media il valore, perché

atto e conegni formativi ed esecutivi che non si esauriscono nella fattispecie, ma hanno una rilevanza autonoma rispetto alla validità o inefficacia dell'atto⁷⁰.

Ciò conduce la giurisprudenza teorica e pratica in Italia a distinguere fra regole di validità e di responsabilità e di recente ad ammettere una responsabilità anche in presenza di un contratto valido ed efficace concluso in presenza della mala fede di un contraente⁷¹.

D'altra parte tutte le fonti persuasive del diritto uniforme reputano sempre possibile un cumulo o un concorso della regola di validità e di efficacia e una forma di responsabilità aquiliana, contrattuale e precontrattuale⁷². Il che contraddice l'idea che la clausola di buona fede sia regola del rapporto e non dell'atto. La clausola concerne la valutazione di comportamenti doverosi che

senza il fatto, il valore resterebbe allo stato di mera virtualità". Id. *Limiti fra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, p. 345ss.in part,390-399

70 Così ci sembra di arguire da: A. E. Cammarata, cit. p. 392. "ogni figura di qualificazione giuridica si esaurisce, logicamente in sé stessa: nessuna ha in sé l'efficacia di dar luogo, per così dire, automaticamente, a nuove conseguenze giuridiche" ma la norma può assumere" come presupposto di conseguenze giuridiche un conegno, non in quanto atto giuridico qualificato, ma in quanto fatto... a tale situazione perciò, e non alla preesistente qualificazione giuridica, in quanto tale, la norma ricollega le conseguenze giuridiche". V. G. Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, Giuffrè, 1983 p.43ss.

71 Cass., Sez. Un., 26724 e 26725 del 2007; Cass. n. 24795 del 2008, Cass. n.16937 del 2006, Cass. n. 2479 del 2007. e G. Vettori, *La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. cont.*, 2008, ora in Id. *Diritto dei contratti e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 271 ss. Id. *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*. Cit.: «Ogni assetto di interessi privato va esaminato come atto, in base ad una valutazione strutturale di validità e come insieme dei conegni formativi ed esecutivi in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronunzia di responsabilità. Perché la disciplina dell'atto e dei conegni è diversa, come autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità». Questa conclusione era già stata affermata dalla cassazione nel 2007 ma è ora ribadita con estrema lucidità e con profili del tutto innovativi, condivisi da una buona parte della dottrina.

72 L'art. 8.102 dei PECL (Principi di diritto europeo dei contratti) e l'art. 3.102 (*cumulation of remedies*) del Charter 3 del DCFR affermano la possibilità di un cumulo dei rimedi con il solo limite della compatibilità. Gli artt. 7:216 e 7:304 del Charter 7 del DCFR prevedono la possibilità di altri rimedi in presenza di un'invalidità. La Convenzione sulla vendita internazionale di merci agli art. 45 (obblighi del venditore) e 61 (obblighi dell'acquirente) prevedono la possibilità di cumulo fra adempimento, risoluzione e risarcimento. La Proposta di Regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita, all'art. 29 (Rimedi in caso di violazione di un obbligo di informazione) prevede che il risarcimento non pregiudica l'applicazione dei rimedi previsti nell'art. 42 (recesso), 48 (dolo), e negli altri casi di annullamento o inefficacia del contratto. La sentenza *Courage* della Corte di Giustizia afferma la compatibilità fra un azione di danni del consumatore pur in presenza di una nullità del contratto a cui lui stesso ha dato causa.

non sono assorbiti dalla fattispecie, ma concorrono con essa nella definizione di rimedi effettivi e adeguati alla soluzione del caso.

Dunque si può ipotizzare un risarcimento per la condotta abusiva e la violazione di un affidamento legittimo, provando il danno subito in base ad un onere che graverà sul danneggiato. Il caso recente più noto è la vertenza fra Cir e Fininvest sui danni causati dalla corruzione di un giudice della Corte di Appello di Milano che aveva annullato un lodo favorevole a Cir, indotta, poi, dalla sentenza corrotta, ad una transazione svantaggiosa.

La Corte richiama la dottrina e la giurisprudenza di legittimità⁷³. Affronta il tema della teoria dei vizi incompleti e le critiche mosse in dottrina ad un uso incontrollabile del difetto della volontà, lesa da un fatto diverso da quelli tipici, indicati dal codice civile. Fininvest aveva osservato che in tal modo sarebbe stato possibile un controllo del contenuto contrattuale al di là di specifiche previsioni normative e in virtù della clausola generale di buona fede, di difficile concretizzazione. Sempre secondo tale tesi, la responsabilità aquiliana sarebbe divenuta un “cerotto universale” di qualsiasi insoddisfazione equitativa”, mentre le ipotesi di invalidità di per sé assorbono ogni valutazione diversa da quella indicata nelle diverse fattispecie. La sentenza ha replicato che la responsabilità aquiliana (2043 c.c.) e pre-contrattuale (1337 c.c.) hanno una funzione autonoma rispetto alla struttura negoziale. Ha osservato esattamente che le regole di comportamento e il rapporto obbligatorio precedono e seguono la vicenda negoziale, integrata, nella sua più intima essenza da doveri di comportamento funzionali a governare secondo buona fede i differenti aspetti della complessa vicenda negoziale. Un rimedio di questo tipo, secondo la Corte, non è in contrasto con l’esigenza di stabilità e certezza dei rapporti giuridici per un motivo chiaro. La slealtà che “altera i presupposti della trattativa precontrattuale attra-

73 Cass. sez. un. 26724 e 26725 del 2007; Cass. n.24795 del 2008, Cass. n.16937 del 2006, Cass. n. 2479 del 2007. e G. Vettori, *La buona fede come rimedio risarcitorio*, ora in Id. *Diritto dei contratti e ordinamento comunitario*, Milano, cit., p.271ss.

verso la commissione di un illecito penale” non può non avere conseguenze sul piano risarcitorio di natura riparatoria e compensativa. Non solo.

La sentenza si sofferma sul principio di effettività, qualificato esattamente come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, volta ad assicurare il diritto “ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella ..unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato”. Il che significa riconoscere la possibilità “di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato”, in forza di “un itinerario di pensiero” indicato da precise norme. L'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art.13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (v. Corte di Giustizia a partire dal caso Johnston del 1986), e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Le quali tutte indicano non solo un diritto di “accesso al giudizio”, ma “un diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela”⁷⁴.

Da qui la Corte trae il convincimento, confermato dall'art. 30 del Codice della giustizia amministrativa⁷⁵, che la pretesa della CIR, ricollegata alla violazione della buona fede, debba trovare tutela con rimedio autonomo rispetto alla validità o invalidità della transazione conclusa, e conferma l'inquadramento di tale azione nell'area della responsabilità aquiliana di cui si individuano, nella specie, gli elementi costitutivi ⁷⁶.

⁷⁴ L'ampliamento della regola di buona fede è coerente con la responsabilità da contatto sociale riconosciuta prima “come un'ipotesi affine a quella contrattuale e comunque distinta da quella extracontrattuale (Cass. 21 novembre 2011 n. 24438) e poi ricostruita in guisa di contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, caratterizzato da tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c.(Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648).

⁷⁵ L'art. 30 del Codice della giustizia amministrativa, “pur esprimendo un principio di settore” ha confermato “l'indipendenza del rimedio risarcitorio rispetto a quello demolitorio”.

⁷⁶ Nel modo seguente: “il dipanarsi dell'atto doloso (il comportamento del giudice Metta) che cagiona ad altri (la Cir) un evento di danno (la sentenza corrotta) ingiusto (conseguente alla ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali) da cui scaturisce una conseguenza dannosa risarcibile (la transazione stipulata a diverse pregiudizievoli condizioni) in costanza del doppio e necessario nesso di causalità materiale (che lega la condotta all'evento) e giuridico (che lega l'evento di danno alla conseguenza dannosa risarcibile) volto a ledere un interesse giuridicamente rilevante del danneggiato (il diritto a stipulare una transazione priva di condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta, il cui aspetto speculare si identifica nell'indebolimento della

7. La Buona fede in funzione di riequilibrio: la nullità selettiva e il contratto quadro

Il principio di buona fede è utilizzato anche come strumento idoneo a ricomporre uno squilibrio asimmetrico e conoscitivo a danno del consumatore (art.33 cod. consumo). Il quale ha, a sua volta, un obbligo di lealtà espresso dal valore trasversale della clausola generale. Ciò accade quando, in presenza di un contratto quadro di investimento, il risparmiatore impugni solo gli ordini che hanno avuto esito negativo e non gli altri che hanno provocato un vantaggio.

La questione della nullità selettiva di protezione è stata affrontata dalla Corte di Cassazione sulla base del criterio ordinante della buona fede, al “fine di esaminare se in sede giurisdizionale la nullità possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla *ratio* equilibratrice, in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto”⁷⁷.

La sentenza delle Sezioni unite n.28314 del 2019 alza lo sguardo su tutte le nullità di protezione per esaminare finalità e limiti di una disciplina non del tutto omogenea anche se espressione di un *genus* ispirato a interessi e valori fondamentali, quali il corretto funzionamento del mercato (art.41 Cost.) e l'eguaglianza, almeno formale dei contraenti (art. 3 Cost.)⁷⁸. Ciò consente una prima conclusione.

Il problema non può essere risolto sulla base dell'utilizzo di un criterio che richiami l'*animus* o dell'intento del contraente. Si deve utilizzare la buona fede per accertare “la oggettiva determinazione di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio” di una sola parte, con un'ulteriore precisazione. Non si può richiamare la figura dell'abuso di diritto che vieta di conseguire risultati diversi

posizione contrattuale in corso di trattative e di stipula della convenzione negoziale)”.
77 V. sul punto le notazioni critiche di R.Rorfof. op. cit.

78 si vedano su tale sentenza i commenti di S. Pagliantini, *La nullità di protezione come nullità selettiva?* in Foro it., 2019, I, c. 988; G. Petti, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle sezioni unite*, in Contratti, 2019, p. 288; D. Maffei, *Nullità selettive: la “particolare importanza” di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in Corriere giur., 2019 p. 178 ss.; G. Guizzi, *Le Sezioni Unite e le “nullità selettive” nell'ambito della prestazione dei servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in Diritto bancario.it.

e ulteriori rispetto a quelli per i quali i poteri delle parti sono stati attribuiti (Cass. n.15885 del 2013 e 10508 del 2018). Occorre una valutazione in concreto del rapporto per esaminare vantaggi e svantaggi che l'investitore ha conseguito.

Solo in tal modo è possibile “*ristabilire una equivalenza*” con una “*verifica di effettività*” che superi un riferimento alla condotta dolosa o predeterminata e sia capace invece di modulare correttamente “*il riequilibrio effettivo*” del contenuto negoziale tenendo conto degli investimenti eseguiti e ponendo “in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità con quelli che ne sono “esclusi”. Al fine di “verificare se permanga un pregiudizio.

Se questa negatività permane l'azione sarà stata esercitata correttamente. Se invece gli ordini hanno prodotto un risultato complessivamente positivo e superiore al danno vantato con la domanda selettiva, l'intermediario può reagire. E paralizzare, nei limiti delle allegazioni, “gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati”, tramite “un'eccezione di buona fede”. Insomma, se i rendimenti degli investimenti, non colpiti da nullità, superano il *petitum* l'effetto impeditivo è integrale, se invece residua un danno per l'investitore la riduzione opera nei limiti del vantaggio ingiustificato⁷⁹.

8. Buona fede ed inesigibilità totale e parziale degli effetti

Una recente sentenza della Corte di Cassazione ha sollecitato di nuovo un dialogo sulle clausole generali e sulle conseguenze della loro violazione, utile per un ripensamento del sistema delle fonti. Provo ad indicare qualche aspetto⁸⁰.

La decisione⁸¹ si è espressa sul caso di una società familiare che conclude con uno dei soci (il figlio) un contratto di locazione di un immobile. Il canone

⁷⁹ Testualmente G. Vettori, *Nullità selettive e “riequilibrio effettivo. L'evoluzione della buona fede*, cit., p. 27.

⁸⁰ Così G. Vettori, *Buona fede, abuso ed esigibilità del credito*, cit., p. 185 ss

⁸¹ Cass. Sez. Terza, 14 giugno 2021, n.16743.

per sette anni non viene richiesto e solo dopo il divorzio dei coniugi la società intima lo sfratto con la richiesta di tutti i canoni non pagati. La Corte di Cassazione esclude una vicenda estintiva perché non provata, ma accerta un affidamento del debitore ed un abusivo esercizio del diritto del creditore, utilizzando il rimedio della *inesigibilità* dei canoni per tutto il periodo di inerzia del creditore. Con una motivazione che richiama la dottrina tedesca della *Verwirkung*⁸² e la soluzione adottata nel BGB.

La inesigibilità si distingue dalla impossibilità perché a differenza di quella “non produce effetti definitivi”, limitandosi a provocare una stasi o un’inefficacia del rapporto per l’esistenza di un abuso o di un contegno del creditore che giustifica un *exceptio* per la prevalenza dell’interesse del debitore⁸³. In presenza di circostanze che l’art. 275 abs. 2, del BGB descrive come grave sproporzione, tratta dal contenuto dell’obbligo e dal giudizio di buona fede, escludendo la mera impotenza finanziaria o la semplice “esorbitanza”⁸⁴.

Secondo un modello che in Italia si giova anche di altre motivazioni. Tenendo conto che l’attuazione del rapporto di credito “non risponde esclusivamente alla logica formale della conformità al titolo e alla legge, ma si adegua alla sostanza dell’assetto di interessi realizzato con l’obbligazione”. Con un duplice livello di valutazione, dunque: la fonte dell’obbligo e l’art. 1175 del codice civile potenziato dai riferimenti alla tutela della persona, alla cui salvaguardia “l’obbligazione è vocata in forza della sua struttura complessa”⁸⁵. Specie quando la posizione del debitore sia esposta a circostanze eccezionali⁸⁶.

82 Ranieri, *Rinunzia tacita e Verwirkung*, Cedam, 1971; S.Patti, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1978; Id., voce, *Verwirkung*, nel Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., XIX, Utet, 1999, 722 ss.

83 v. A. Nicolussi, *Le obbligazioni*, Wolters Kluwer, Milano, 2021, p. 36, 42-43, 93, 109.

84 F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappicchelli, 2015 p. 447 ss. Dove si trova una compiuta analisi della dottrina tedesca e italiana sul punto.

85 F. Piraino, op.cit. p. 453-456.

86 V. da ultimo A. Di Majo, *Debito e patrimonio nell’obbligazione*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2014, p. 32 ss. Id. *Obbligazioni e tutele*, Torino, Giappicchelli, 2019, p. 179 ss.

Una conferma sulla potenzialità di tale rimedio si ha in modo chiarissimo nella recente sentenza della Corte costituzionale sulla ripetizione delle prestazioni previdenziali effettuate in eccesso. Si osserva, al riguardo, che “un primo fondamentale ruolo spetta alla categoria della inesigibilità, che si radica nella clausola generale di cui all’art.1175 c.c., la quale [] impone ad ambo le parti del rapporto obbligatorio di comportarsi secondo correttezza o buona fede oggettiva tenendo “in debita considerazione, in rapporto alle circostanze concrete, la sfera di interessi che fa riferimento al debitore”⁸⁷.

Certo si deve distinguere *ineseguibilità* ed *inesigibilità*⁸⁸: la prima “implica una valutazione del rapporto tra mezzi e scopo...tramite una diagnosi preliminare sul contratto interpretato alla luce dell’art. 1366 c.c.” Mentre la inesigibilità presuppone una prestazione possibile, oggetto di obbligazione, il cui adempimento, in date circostanze, non può essere preteso dal creditore” per un termine non ancora scaduto (1185 c.c.), per l’esercizio di un’azione dilatoria (1460 c.c.) o nella forma dell’abuso del diritto “fungendo non da limite dell’obbligazione ai sensi degli artt. 1218 e 1256 c.c., bensì da autonoma ‘causa esimente’ del debitore”⁸⁹.

Questa posizione ha un preciso seguito nel nostro ordinamento⁹⁰ anche se esiste una giurisprudenza oscillante. La quale si comprende solo riflettendo sul valore del fatto che giustifica una parziale o totale perdita di efficacia del diritto di credito. Solo qualche esempio.

87 Corte cost. 27 gennaio 2023 n.8.

88 F. Gambino, *Le obbligazioni*, in Trattato di diritto civile, dir. da R. Sacco, Torino, 2015, p.1991ss. e 560ss. E il richiamo a L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, cit., ora in, *Obbligazioni e negozio*, Scritti II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 316, 332.

89 F. Gambino, op. cit. p. 193 e ancora L. Mengoni, op.cit.p. 334.

90 P. Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, 1996, 283; e A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 1992, 125, nt. 1 e di recente Astone, *Ritardo nell’esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in Riv. dir. civ., 2005, II,603 ss., Ranieri, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, cit. passim, S.-Patti, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1978; Astone, *Venire contra factum proprium*, Jovene, 2006, spec. 93 ss., 139 ss., 153 ss.; L. Bozzi, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Cedam, 2008, spec. cap. V, §§ 6-9.

Quale che sia la soluzione che si accoglie è difficile negare che il caso concreto orienta nella ricerca di una tutela che dia piena ed effettiva risposta, ad un affidamento determinato da un silenzio, un' inerzia o una tolleranza. L'inesigibilità ben motivata e delimitata rientra anche nel nostro ordinamento fra le tutele possibili che spetta all'interprete, aiutato da una buona dogmatica, fissare.

Le recenti sentenze della Cassazione e della Corte costituzionale hanno il merito di aver sottolineato il rilievo di un rimedio compatibile con il nostro ordine giuridico e utile per la soluzione di molti conflitti.

SIMONE TORRICELLI
Professore ordinario di Diritto Amministrativo
Università degli studi di Firenze
simone.torricelli@unifi.it

BUONA FEDE E CONFINI DELL'IMPARZIALITÀ NEL RAPPORTO PROCEDIMENTALE

GOOD FAITH AND THE BOUNDARIES OF IMPARTIALITY IN THE PROCEDURAL RELATIONSHIP

SINTESI

Lo scritto si propone di indagare quali siano gli effetti della introduzione del principio di buona fede come principio che ordina il rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione. Esso, in particolare, analizza come il principio di buona fede incida sulla individuazione dei diritti e degli obblighi delle parti nel procedimento amministrativo, sulla base di una lettura proposta tenendo in considerazione la inevitabile conflittualità tra gli interessi delle parti pubbliche e private.

ABSTRACT

The paper aims to investigate what are the effects of the introduction of the principle of good faith as a principle ordering the relationship between citizens and public administration. It analyzes how the principle of good faith affects the identification of the rights and obligations of parties in administrative proceedings, according to a vision that rejects the collaborative view of that relationship and values the existence of a conflict.

PAROLE CHIAVE: Buona fede, imparzialità, rapporto, procedimento, preclusioni, partecipazione.

KEYWORDS: Good faith, impartiality, procedural relationship, preclusions, participation.

INDICE. 1. La buona fede, tra civilizzazione e autoritarità. – 2. Buona fede e cura dell'altrui interesse. Le questioni che si aprono. – 3. Alla ricerca di una chiave di lettura del rapporto amministrativo. La buona fede in luogo dell'imparzialità. – 4. Buona fede e onere di rappresentazione degli interessi privati. – 5. Buona fede e onere di allegazione dei fatti. Le preclusioni procedurali. – 6. Gli obblighi di verità e gli obblighi di completezza. – 7.

Conferma della direzione. Le preclusioni dell'art. 10 bis – 8. Qualche riflessione conclusiva.

1. La buona fede, tra civilizzazione e autoritarità

L'inserimento, nell'art. 1 LPA¹, del principio di buona fede tra i principi cui l'attività amministrativa deve informarsi, costituisce l'occasione per un significativo passo in avanti nel percorso verso la “normalizzazione” del rapporto tra le persone e la pubblica amministrazione. Ciò sul presupposto che quel rapporto, nei limiti in cui non richieda una disciplina esorbitante per l'esigenza di soddisfare uno o più interessi pubblici, debba necessariamente mutuare dal diritto privato le sue coordinate di fondo.

Che il diritto delle pubbliche amministrazioni² sia un diritto che mescola i diritti è cosa nota da tempo, come lo è il fatto, conseguente, che il diritto amministrativo copre solo una parte dell'attività delle pubbliche amministrazioni e copre quella parte di attività solo parzialmente. È anche oramai un dato acquisito che esistono dei principi che attraversano i diritti e che in sé non sono qualificabili né come di diritto privato, né come di diritto amministrativo: sono principi comuni che, data la loro matrice costituzionale, trascendono quelle distinzioni e le relativizzano³. Tra questi, la buona fede⁴ che, assunto un fondamentale ruolo di integrazione del contratto nel diritto privato⁵, può divenire, grazie al suo carattere atipico e alla capacità di adattarsi al mutare della coscienza

1 L'art. 12, co. 1, lettera a), l. n. 120 del 2020 ha infatti introdotto, nell'art. 1 l. n. 241/1990 dedicato ai “principi generali dell'attività amministrativa”, il comma 2 bis secondo cui “*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*”.

2 L'espressione è ovviamente mutuata da D. Sorace, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, I ed., Bologna, 2000.

3 S. Piraino, *L'onore della buona fede tra diritto e mercato*, in *Dir. fam e persone*, 2015, 654.

4 Sul rilievo del principio di buona fede nel diritto pubblico prima della introduzione dell'art. 1, co. 2 bis, l. n. 241/1990, sono classici i riferimenti a F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995 e F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001. Si veda anche, di recente, L. Lorenzoni, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, 130 ss.

5 V. Roppo, *Il contratto*, II ed., Milano, 2011, 465, che osserva come “*la scoperta e la valorizzazione [del ruolo della buona fede come fonte di integrazione del contratto] costituisca una delle principali linee di sviluppo del diritto dei contratti del nostro tempo*”.

za sociale⁶, una leva capace di assestare il rapporto amministrativo su un nuovo equilibrio tra le parti.

Eppure, quando il regime dell'amministrazione si apre a principi di diritto comune occorre circospezione.

La circospezione è necessaria perché, per mantenere la funzione propria di un principio, può accadere che esso si applichi all'amministrazione in modo diverso dal modo nel quale riceve attuazione nelle relazioni tra privati. E questo è probabilmente vero, almeno in certi casi. Non è però meno vero che talora accade il contrario: non sempre dottrina e giurisprudenza sono disposte ad accogliere principi di diritto comune senza stravolgerne natura e funzione, generando così il rischio di effetti perversi. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso emerge così, in filigrana, la riaffermazione della specialità del diritto amministrativo come diritto eccentrico.

Dalla ricostruzione privatistica del principio di buona fede può mutuari l'obbligo, per le parti di un rapporto, di salvaguardare l'interesse dell'altro, in un quadro di reciprocità e nei limiti del ragionevole sacrificio dell'interesse proprio⁷. È questa un'affermazione ricorrente nella giurisprudenza civile che, per motivi che non pare difficile comprendere, anche i giudici amministrativi hanno subito fatto propria. Il fatto che l'art. 1 LPA associ la buona fede alla collaborazione, entrambi indicati come principi propri dell'azione amministrativa, corrobora e rende vischiosa questa lettura.

Dall'obbligo di salvaguardia derivano naturalmente numerose specificazioni; si potrebbe dire che derivano da esso numerosi obblighi applicativi. Ma ciò che interessa qui è la radice: se nella relazione tra privati l'adoperarsi per soddisfare l'interesse dell'altro (entro limiti da chiarire) apre la relazione contrattuale all'assorbimento di valori solidaristici che vanno oltre la realizzazione

6 G. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, 306.

7 Così, nel flusso di un filone giurisprudenziale consolidato, Corte cass., sez. III, 14 giugno 2021, n.16743.

del proprio interesse individuale attraverso l'adempimento (e che si impongono anche ad una diversa volontà delle parti), una volta che questo obbligo sia spostato sul versante della relazione di potere esso richiede una delimitazione.

E' chiaro infatti che il riferimento alla presa in carico dell'interesse dell'altro, se non sufficientemente precisato, rischia di confermare una lettura avvolgente del procedimento amministrativo⁸, da inquadrare in un'ottica mutualmente collaborativa⁹, che stempera il rilievo della conflittualità e lo sostituisce con un vincolo solidaristico tutto proteso alla tutela dell'interesse pubblico¹⁰. Non a caso si è arrivati a prospettare l'esistenza di un dovere di imparzialità anche in capo alle parti private¹¹.

Questa ennesima declinazione della tendenza a conformare il diritto all'interesse pubblico per il solo fatto che lambisce l'interesse pubblico¹² non è da auspicare, almeno per i suoi potenziali risvolti autoritari; d'altra parte, se l'interesse pubblico è la ragione del potere, non è invece la ragione del rapporto, che, come tale, ne dovrebbe astrattamente prescindere.

Da questa considerazione l'organizzazione dello scritto che cercherà di indagare alcune delle ricadute della applicazione del principio di buona fede con specifico riferimento all'assetto del rapporto procedimentale, nel tentativo di evidenziarne luci ed ombre, anche segnalando alcune potenziali degenerazioni.

2. Buona fede e cura dell'altrui interesse. Le questioni che si aprono

8 Per una ricostruzione della dottrina in ordine alle funzioni della partecipazione procedimentale, F. Gaffuri, *Il contraddittorio procedimentale*, Torino, 2016, 5 ss.

9 U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 75.

10 Criticamente, in ordine al rapporto tra buona fede e solidarietà, veicolato dal riferimento all'art. 2 Cost.: F. Benatti, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 245-246 e 252; considerazioni critiche anche in I. Nocera, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rime-dio unificante per il contratto ingiusto*, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2014, 1461.

11 F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 242.

12 C. Cudia, *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. Torricelli, *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2017, 69, nonché, con specifico riferimento proprio alla buona fede, id., *Funzione amministrativa soggettività della tutela*, Milano, 2008, 254.

Il punto di partenza del ragionamento da fare è rappresentato dal vincolo che può derivare all'amministrazione dall'applicazione del principio di buona fede.

Si può dire in premessa che non vi è bisogno del riferimento alla buona fede per imporre all'amministrazione di prendere in considerazione l'interesse dell'altro. Dal punto di vista sostanziale, bastano a questo fine i tradizionali riferimenti alla imparzialità e alla proporzionalità; dal punto di vista procedurale è sufficiente la previsione di garanzie partecipative, veicolo perché gli interessi dei soggetti più o meno direttamente investiti dall'azione amministrativa possano essere espressi nella loro consistenza e acquisiti all'istruttoria.

C'è da chiedersi, in questo quadro, se la buona fede aggiunga davvero qualcosa, condizionando il rapporto procedimentale e il modo in cui gli interessi debbono essere bilanciati al momento della decisione, o se invece essa offra semplicemente una chiave di lettura unificante di ciò che già è. E c'è da chiedersi anche se la buona fede incida solo sul rapporto tra amministrazione e soggetto direttamente toccato, nel bene o nel male, dall'azione amministrativa, o investa anche i soggetti terzi¹³, i cui interessi rilevano in fatto e in diritto e, se sì, solo ove essi intervengano nel procedimento o a anche prescindere.

Ma la buona fede ha una sua intrinseca natura relazionale, dal che si aprono analogamente questioni rilevanti in relazione al vincolo che essa simmetricamente pone a carico dei privati verso l'amministrazione, sottotema di un tema più ampio e mai del tutto esplorato che è quello dei doveri/obblighi/oneri del privato nell'ambito del procedimento amministrativo. E se è così, da essa può ricavarsi anche l'esigenza, *rectius* l'obbligo per il privato di prendere in considerazione un interesse altro rispetto al proprio. Ma qui gli aspetti problematici possono risultare ancora maggiori. Intanto, occorre precisare bene se si

13 Sulla differente posizione dei terzi, in relazione alla titolarità di situazioni soggettive tutelate, F. G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 235: ciò potrebbe ritenersi rilevante nel senso di considerare o meno che i terzi siano parti ulteriori del rapporto amministrativo, come tali investiti dagli effetti vantaggiosi o svantaggiosi dell'applicazione del principio di buona fede.

tratti dell'interesse dell'altra parte del rapporto, quindi dell'amministrazione, o dell'interesse pubblico, che non necessariamente coincide con il primo. Poi non meno importante è chiarire la misura di questa "presa in considerazione" e sino a che limite l'imposizione dell'obbligo possa spingersi rispetto ad un soggetto la cui libertà (anche di darsi e perseguire interessi antitetici a quelli della controparte del rapporto) deve essere garantita, sulla falsariga di ciò che avviene nel quadro dei rapporti contrattuali o precontrattuali rispetto ad una relazione in quel caso dichiaratamente conflittuale.

Molte insomma sono le domande cui rispondere, prima di poter svolgere alcune considerazioni conclusive.

3. La ricerca di una chiave di lettura del rapporto amministrativo. La buona fede in luogo dell'imparzialità

L'emersione silenziosa della buona fede come canone rilevante nell'esercizio del potere pubblico può essere riportata al consolidamento del procedimento come luogo di esercizio di quel potere, sulla base del doppio passaggio procedimento/creazione del rapporto, prima, e partecipazione/creazione dell'obbligo di considerare l'interesse dell'altro, poi.

Le garanzie partecipative, infatti, fondano il diritto delle parti private del rapporto amministrativo a rappresentare il proprio interesse, non solo in termini di esistenza (esiste un interesse privato della cui presenza l'amministrazione deve farsi carico), ma anche di consistenza (esiste un interesse privato nella forma e per il contenuto che il privato rappresenta e di cui l'amministrazione deve farsi carico per come è così stato rappresentato)¹⁴. Il procedimento fa emergere una visione più dialettica degli interessi, che assumono consistenza non per come paternalisticamente assunti dall'amministrazione che poi li deve comporre, ma per come il privato decide di prospettarli e farli confluire nella valutazio-

¹⁴ Merita precisare che non è oggetto di questo studio il rapporto tra buona fede e attività privatistica della pubblica amministrazione, rispetto alla quale, d'altra parte, una applicazione del principio analoga a quella che si fa nei rapporti tra privati dovrebbe risultare scontata, almeno nei limiti in cui non vi siano normative di privilegio che riducano il suo spazio.

ne comparativa tra gli interessi che porta alla decisione finale. E' quell'interesse che viene investito dall'altrui dovere di cura.

Tradizionalmente, questo dovere di cura è ricavato dall'imparzialità che, però, sottolinea la posizione di preminenza della p.a. anche quando prende in carico l'interesse dei privati. L'amministrazione ha l'obbligo di esercitare il potere e di esercitarlo coerentemente con il quadro degli interessi presenti nella fattispecie: l'obbligo di praticare l'imparzialità è un obbligo unilaterale, non reciproco, indipendente dalla posizione e dalla diligenza dell'altro.

L'imparzialità, detto altrimenti, non è un concetto relazionale e non ha la capacità di ordinare lo svolgimento di un rapporto. Essa guarda all'amministrazione e solo a quella, assorbendo nel prisma dell'amministrazione anche ciò che è interesse privato. In particolare, è difficile ricavare dall'imparzialità situazioni giuridiche passive a carico del privato, che infatti hanno sempre fatto fatica ad emergere; quando ciò è accaduto, è accaduto spesso a costo di alcune incongruenze.

La lettura del rapporto attraverso la lente dell'imparzialità, insomma, suscita non pochi elementi di perplessità: è una lettura statica, che non considera le trasformazioni ordinamentali determinate dalla procedimentalizzazione, da intendersi in questa prospettiva come fatto generatore di una relazione di reciprocità (nonché, se si vuole rimanere su un terreno più confortevole, della trasformazione della percezione di ciò che deve essere l'interesse pubblico cui funzionalizzare l'azione amministrativa).

Il principio di buona fede offre una prospettiva ricostruttiva diversa, in grado di far emergere e bilanciare obblighi reciproci, spiegando il momento procedimentale (in termini di obblighi simmetrici a carico delle parti), ma spiegando anche il momento decisionale (in cui l'adempimento o inadempimento di quegli obblighi definisce il quadro di riferimento di ciò che è rilevante o irrilevante ai fini della decisione).

4. Buona fede e onere di rappresentazione degli interessi privati

Si può a questo punto fare una riflessione sulla reciprocità di un rapporto improntato sulla buona fede.

L'amministrazione, in sede procedimentale, ha il dovere di far emergere gli interessi pubblici rilevanti, se del caso con l'apporto consultivo di altre amministrazioni. La mancata emersione di simili interessi, anche incolpevole, non può che generare illegittimità per motivi che però nulla hanno a che fare con la relazione con i privati interessati e che riguardano invece l'adeguatezza del processo formativo della propria volontà.

Più complesso il discorso sugli interessi privati.

Gli interessi privati possono emergere indirettamente, in modo accidentale e anche solo eventuale. Si pensi, per avere una traccia normativa, al fatto che la comunicazione di avvio del procedimento deve essere fatta agli interessati solo se identificati o facilmente identificabili. Questo perché, si spiega, non si può imporre all'amministrazione un onere irragionevole di ricerca dei potenziali interessati, che finirebbe col pregiudicare il suo buon funzionamento (il limite trova dunque il fondamento costituzionale del buon andamento). Un dato accidentale e non ricercato (la identificabilità di interessati) può in concreto condizionare l'esito del potere, spostando il bilanciamento dal lato degli interessi pubblici non mediati dal confronto con quelli privati: ciò senza avere conseguenze in termini di legittimità.

Evidentemente, per quanto si dica che l'interesse pubblico in concreto sia un interesse che sintetizza gli interessi pubblici e privati rilevanti, in questa opera di sintesi la presenza degli interessi pubblici è inderogabile, mentre la presenza degli interessi privati è auspicabile, ma rinunciabile.

La rinunciabilità della considerazione dell'interesse privato nella scelta amministrativa finale permette di procedere con un ulteriore ragionamento. Il privato può portare al tavolo dell'istruttoria l'interesse di cui è portatore, facendo emergere quel dovere di cura che corrisponde all'essenza profonda del po-

tere amministrativo; non è invece facile capire cosa ne sia, di quel dovere, ove ciò non accada.

Il richiamo all'imparzialità non comporterebbe in sé alcuna conseguenza. Assumendo che sia condizione di imparzialità la considerazione di tutti gli interessi rilevanti e che l'interesse pubblico sia la sintesi di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, si dovrebbe necessariamente ritenere che una scelta amministrativa che non tenga adeguatamente conto di uno di quegli interessi sia per definizione illegittima per sviamento.

D'altra parte, se questa fosse la chiave ricostruttiva da adoperare e se cioè la considerazione degli interessi privati costituisse sempre una condizione di legittimità del provvedimento discrezionale, ciò avrebbe una implicazione non accettabile: che l'amministrazione dovrebbe adoperarsi per acquisire d'ufficio gli interessi privati non rappresentati, come corollario dell'obbligo di adottare atti che almeno siano legittimi. Questa però è una affermazione che collide con il tratto disponibile dell'interesse privato, che è in contraddizione con l'idea diffusa della relazione tra amministrazione e privato intesa come rapporto giuridico e che denota una concezione inammissibilmente autoritaria e paternalista dell'amministrazione pubblica. Si potrebbe finanche andare più a fondo per osservare che questo ruolo sostitutivo dell'amministrazione neppure è concretamente possibile, poiché l'interesse che riveste un bene della vita esiste nella forma in cui il privato che ne è titolare lo percepisce e nessuno può sostituirsi a lui nella sua rappresentazione.

Il richiamo alla buona fede consente di impostare la questione in termini diversi.

Non si può ammettere neppure in astratto che una parte in buona fede ometta di rappresentare un interesse la cui mancata rappresentazione genera invalidità del provvedimento: dalla buona fede si può quindi ricavare l'onere per il privato di introdurre nel procedimento un interesse che l'amministrazione in astratto può legittimamente trascurare, ma che, se vi entra, contribuisce a deter-

minare in concreto l'assetto degli interessi su cui misurare la legittimità della scelta finale.

La conseguenza diretta è che l'esercizio dei diritti partecipativi stabilizza il quadro istruttorio di riferimento: ne deriva che ove un privato, per negligenza o per scelta strumentale, non abbia partecipato al procedimento, non sarà possibile recuperare il suo interesse nel processo¹⁵. Questo non perché si determini una preclusione processuale: siccome la legittimità si misura *ex ante* e non *ex post* e siccome un provvedimento non può essere legittimo prima e illegittimo poi, la scelta discrezionale che non ha considerato un interesse non rappresentato è una scelta legittima e la prospettazione di un eventuale vizio che poggia su quell'argomento sarebbe infondata¹⁶.

Al fondo, questa premessa permette di mettere in discussione una nozione troppo avvolgente, bonaria e complessivamente addolcita dell'interesse pubblico inteso come interesse di sintesi, che è il portato della enfattizzazione del rilievo del dovere di imparzialità. L'interesse pubblico in concreto può prescindere legittimamente dalla considerazione degli interessi privati, i quali, solo ove rappresentati, possono condizionare il modo di perseguirlo o impedirne il perseguimento (troppo forti sono gli interessi privati incisi), in quella logica classicamente conflittuale che, rispetto a rapporti di qualsivoglia natura (privati o non privati) la buona fede contribuisce a ordinare prima ancora che a correggere.

5. Buona fede e onere di allegazione dei fatti. Le preclusioni procedimentali

15 Questo sempre che il privato sia stato a conoscenza, attraverso la comunicazione di avvio, dell'esistenza del procedimento o ne abbia comunque avuto notizia.

16 Sarà infondato, per esempio, un ricorso che contesti un vizio legato alla violazione del principio di proporzionalità, se il privato non ha rappresentato nel procedimento l'interesse che potrà essere ingiustificatamente compresso nel procedimento amministrativo a cui ha o avrebbe potuto partecipare. Su questo, con riferimenti giurisprudenziali, M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 201, ma riconducendo la preclusione alla violazione di un obbligo di informazione.

Il ruolo delle parti rispetto all'istruttoria procedimentale riguarda, peraltro, non già solo la rappresentazione degli interessi ma anche l'allegazione e la documentazione dei fatti rilevanti (anche solo potenzialmente) ai fini della decisione. Vi è evidentemente una correlazione tra i due profili, perché i fatti si interconnettono agli interessi pubblici o privati che possono incidere sulla scelta: la prova dei fatti ha a che fare con la esistenza, il contenuto, la dimensione e la rilevanza degli interessi.

La questione può dunque essere almeno in parte impostata come proiezione della precedente e si può assumere come coordinata semplificata di partenza quella per cui la mancata acquisizione o considerazione di fatti che incidono sull'interesse pubblico (quell'interesse pubblico che emerge già prima del confronto con gli interessi privati) non può che generare illegittimità del provvedimento; la mancata acquisizione o considerazione di fatti rilevanti esclusivamente nell'interesse del privato (anche se poi, in astratto, essa avrebbe potuto incidere sul bilanciamento e dunque sulla scelta finale) incontra le preclusioni menzionate¹⁷. In concreto, invece, l'intreccio dei ruoli rende la questione ben più sfuggente e, rispetto a ciò, le implicazioni del principio di buona fede appaiono anche potenzialmente maggiori.

Rispetto all'amministrazione interferiscono due elementi.

Il primo, che appare come una esplicitazione normativa dell'applicazione del principio buona fede, costituito dall'obbligo posto a carico del responsabile del procedimento di accertare d'ufficio i fatti rilevanti.

Nel bistrattato articolo 6, la legge sul procedimento amministrativo sembra codificare un principio inquisitorio dell'istruttoria¹⁸, che riunisce in capo al responsabile compiti direttamente collaborativi verso il privato (*“può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può*

17 In senso contrario, F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir amm.*, 1993, 158.

18 P. Lazzara, *I procedimenti ad istanza di parte*, Napoli, 2008, 91, che ne sottolinea (p. 92) il legame con il principio di imparzialità.

esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali”, dove l'utilizzo del verbo “*può*” serve a escludere che vi sia un divieto che qualcuno potrebbe ritenere di trarre dall'imparzialità, ma non ad escludere il suo carattere doveroso¹⁹), nonché compiti generali di raccolta d'ufficio di tutti i fatti (rilevanti, si potrebbe aggiungere, dove l'aggettivo “rilevante” è da riferire agli interessi prospettati nel procedimento, cioè a tutti quegli interessi che, in quanto rappresentati, rilevano ai fini della decisione).

Partire dall'art. 6 può far arrivare alla conclusione per cui vi è un obbligo istruttorio per l'amministrazione che investe ogni possibile profilo fattuale rilevante ai fini della emersione e del dimensionamento degli interessi. La conseguenza sarebbe che, a prescindere da ciò che fa o potrebbe fare il privato, la mancata acquisizione di uno qualsiasi di questi fatti implica una violazione che genera un difetto di istruttoria rilevante ai fini della legittimità, perché impedisce la percezione dell'assetto effettivo degli interessi e condiziona la valutazione finale, che risulta per ciò stesso invalida. Tanto ciò è vero che tale obbligo si trova a dover essere mitigato; la giurisprudenza ricorre a questo fine al principio di ragionevolezza, che è una sorta di meta-principio che interagisce con gli altri e ne delimita l'ambito applicativo²⁰.

In questa prospettiva il ruolo del privato risulta del tutto marginale.

Egli allega e produce quanto crede, ovviamente, ma, che la sua attività istruttoria sia diligente e tempestiva o che non lo sia, le eventuali omissioni risultano interamente imputabili all'amministrazione e ciò non ha ripercussioni sul piano della legittimità del provvedimento finale.

19 Diversamente, il TAR Piemonte (sez. I, 3 marzo 2020, n. 154) ha ritenuto trattarsi di una mera facoltà.

20 Così, per esempio, in sede di rilascio del permesso di costruire l'amministrazione non è tenuta ad una istruttoria che si estenda sino a verificare il titolo di legittimazione del richiedente, poiché questo è un onere irragionevole; se però emergono dal procedimento degli elementi che rendono dubbia la legittimazione, allora si innesca l'obbligo di un controllo specifico: da ultimo, TAR. Lazio (Latina) sez. I, 6 giugno 2022, n.517.

Risalta di nuovo come la enfattizzazione del principio di imparzialità tende a deformare la pozione delle parti nel rapporto e a trascurare il profilo della reciprocità delle obbligazioni che di quel rapporto sono l'elemento di risulta.

Risalta di nuovo un fondo di paternalismo che cozza con la ricostruzione del procedimento come fonte di un rapporto amministrativo e della buona fede come principio-fonte di obbligazioni reciproche.

Risalta di nuovo un certo tratto di velleitarietà, perché non sarà mai possibile per l'amministrazione fare una istruttoria completa (nel senso di essere autonomamente capace di acquisire tutti gli interessi e tutti i fatti rilevanti), finendo, da un lato, con il dare un fondamento teorico alla casualità con cui poi fatti e interessi finiscono con l'essere acquisiti e alle conseguenti inevitabili disparità di trattamento, dall'altro lato, con il nascondere il tratto davvero imperativo della ripercussione che la scelta discrezionale ha sugli interessi privati.

La dizione testuale dell'art. 6, per la parte in cui si riferisce all'accertamento dei fatti, non esclude invece una diversa ipotesi ricostruttiva.

Se si abbandona il riferimento all'imparzialità e si richiama la buona fede²¹, l'organizzazione istruttoria assume un ordine più razionale. Il responsabile ha il compito di accertare i fatti: su di lui si radica questa competenza ed è lui ad avere il potere-dovere di esercitarla; quali fatti non è però precisato.

La buona fede definisce l'obbligo, ma anche il suo limite, e sottolinea comunque la reciprocità. La presa in considerazione dell'interesse dell'altro non sostituisce, insegna la ricostruzione privatistica, la diligenza che ogni parte del rapporto deve osservare, per cui non si può cavalcare la diligenza per invocare un intervento in soccorso rispetto a ciò che poteva essere fatto e non lo è stato. In questi termini si può convergere sull'idea generale che modula i principi di buona fede (e solidarietà) con quello di autoresponsabilità, almeno in relazione

21 Il riferimento alla buona fede per definire la posizione delle parti rispetto all'istruttoria non è peraltro nuovo; attraverso quel riferimento si è per esempio affermata l'esistenza di un "onere procedimentale per l'amministrazione di acclarare tutti i fatti costitutivi del potere" (così, M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Milano, 1989, 215).

a quelli che l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha indicato come “oneri minimi di cooperazione”²². Su questo ragionamento deve essere però innestata una norma che (solo) apparentemente lo contraddice. E qui il secondo elemento da considerare cui prima si è fatto cenno.

L'art. 6 contempla in effetti anche proprio quell'intervento in soccorso (il c.d. soccorso istruttorio), che, previsto in generale, ha trovato una significativa specificazione in materia di contratti pubblici²³.

E' escluso, come detto sopra, che il soccorso sia una facoltà discrezionalmente esercitabile dal responsabile del procedimento: non vi è alcuna ragione, né sarebbe in alcun modo accettabile, che l'amministrazione potesse scegliere, nei diversi casi o rispetto alle diverse persone coinvolte, se intervenire o meno in forma collaborativa. Tuttavia, secondo la norma, la richiesta di integrazione ha a che fare con l'assenza di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete.

La presa in carico dell'interesse dell'altro, imposta dalla buona fede e codificata anche in questa previsione normativa, non arriva insomma a sollevare il privato dai suoi oneri istruttori, ma richiede che si segnalino carenze che possono portare al rigetto dell'istanza, così che il privato possa allora sì documentare fatti che aveva ommesso di documentare o mal documentato, secondo una logica che poi trova una sua ulteriore coerente e più ampia espressione nel preavviso di rigetto²⁴.

Sembra ragionevole allora concludere che il dovere collaborativo investa l'istruttoria imponendo al privato un onere di allegazione e prova dei fatti²⁵ il

22 Cons. Stato, ad. Plen., 25 febbraio 2014 n. 9

23 Art. 83, co. 9, d. lgs n 50/2016.

24 E, nella coerenza di questa costruzione normativa del procedimento, ordinariamente non serve chiedersi cosa accada se il responsabile omette di esercitare questa competenza: il preavviso di rigetto consentirà infatti al privato di introdurre e provare fatti anche in un momento successivo, declassando l'eventuale prima violazione ad una mera irregolarità o proietterà la violazione nell'orbita dell'art. 10 bis. Diverso il discorso quando vi siano profili di decadenza, magari in connessione con il principio di non discriminazione.

25 Ciò può avvenire anche attraverso la richiesta che i fatti allegati siano provati attraverso specifiche attività amministrative (nelle tipologie menzionate nell'art. 6 l. n. 241/1990), come ac-

cui mancato assolvimento importa che il fatto non potrà essere considerato (con le ripercussioni che ciò può avere rispetto al rilievo, ai fini della scelta discrezionale, dell'interesse privato che quel fatto avrebbe dovuto sostenere). E con l'ulteriore conseguenza per cui il fatto rimane estraneo alle risultanze istruttorie che definiscono il parametro alla luce del quale valutare la legittimità della scelta finale: l'amministrazione dovrà assumerlo come non vero (senza che si possa imputarle di non avere autonomamente ricavato la prova della sua verità) e il giudice non potrà che verificare la legittimità sulla base dello stesso parametro.

Ne segue, insomma, che il fatto non potrà essere addotto in sede processuale e la sua eventuale verità non potrà cambiare il giudizio sulla legittimità dell'atto, ancorché emerga in sede processuale.

La linearità della distribuzione degli oneri istruttori è d'altra parte una garanzia, perché definisce l'altrimenti indistinta linea di confine tra ciò che l'amministrazione può e deve fare e ciò che non può e non deve fare, evitando pericolose zone grigie in cui possono facilmente consumarsi arbitri e disparità.

6. Gli obblighi di verità e gli obblighi di completezza

Sino a questo punto, si sono indagate le possibili implicazioni del principio di buona fede in relazione alla rilevabilità di interessi propri e di fatti favorevoli alla parte che può o deve introdurli nel procedimento. Se però questo aspetto è logicamente pregiudiziale per impostare il ragionamento, non rappresenta il punto di emersione più indagato della buona fede, che più spesso viene in rilievo, almeno nella giurisprudenza, a proposito dell'obbligo, per il privato, di allegare (o, per usare una prospettiva più comune, di informare l'amministrazione di) fatti contrari al proprio interesse, ove questi siano potenzialmente capaci di incidere sulla decisione.

quisizione di atti e documenti, ordine di esibizione a terzi, richiesta di ispezioni.

Per un verso, il tema si inquadra in quello, più generale, di quale siano i limiti del diritto all'allegazione in termini di verità e completezza, in un procedimento in cui, ordinariamente, l'interessato può non avere gli spazi aperti che ha la parte in un processo; c'è da chiedersi se, in altri termini, il suo diritto alla allegazione comprenda anche il diritto a non allegare e in quale misura. Per altro verso, esso interseca quello della posizione dell'amministrazione: come è stato necessario chiedersi se l'onere del privato possa essere limitato dalla previsione di un obbligo di soccorso istruttorio dell'amministrazione, analogamente ci si deve chiedere se il dovere dell'amministrazione di acquisire fatti funzionali alla ponderazione dell'interesse pubblico concreto possa essere alleggerito imponendo al privato l'obbligo di una completa ostensione dei fatti rilevanti anche se contrari al proprio interesse.

Un primo limite che si può tracciare e che dà un primo elemento di quadro è quello legato alle false dichiarazioni o false rappresentazioni dei fatti. Questo può considerarsi un limite in senso proprio in relazione ai casi nei quali il privato si trova a compiere atti formalmente qualificabili come autocertificazioni, al punto che la dichiarazione di un fatto falso può implicare conseguenze sul piano amministrativo²⁶ e responsabilità penali²⁷.

Fuori da questo confine, la falsa rappresentazione che condiziona la decisione si riflette sul piano della legittimità del provvedimento, adottato sulla base delle circostanze rappresentate al fine di indurre l'amministrazione all'errore (per semplificazione, si può riportare alla medesima fattispecie quello della rappresentazione sviante), anche con la conseguenza di escludere l'applicazione del termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio dell'atto.

²⁶ Così per l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione per appalti o concessioni in cui la dichiarazione è stata fatta o, per il tramite dell'iscrizione nel Casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC, anche da procedure ulteriori (art. 80, co. , lett. c e g d. lgs n. 50/2016). Così anche per la perdita dei benefici ottenuti con la falsa dichiarazione, ai sensi dell'art. 75 D.P.R. 445/2000.

²⁷ Art. 76, d.P.R. 445/2000.

È però significativo che, recuperando una impostazione privatistica e categorie proprie della ricostruzione del concetto di dolo che genera l'annullamento del contratto²⁸, parte della giurisprudenza sembri adombrare che questa esclusione operi solo se la falsità sia riferibile al dolo o alla colpa grave del privato e sempre che il provvedimento sia determinato esclusivamente dalla falsità e non anche da una colpa concorrente dell'amministrazione²⁹.

Si trova in questo una conferma rispetto ad uno dei profili più delicati della ricostruzione proposta, che ha a che fare con l'idea che la diligenza dell'amministrazione sia una condizione per il perseguimento dell'interesse pubblico o, secondo un diverso ordine di idee da considerare preferibile, che la negligenza dell'amministrazione incida sulla determinazione dell'interesse pubblico concreto che essa si trovi a dover perseguire.

Il fatto che la falsa rappresentazione condizioni la legittimità di per sé non significa però che al privato sia fatto divieto di rappresentare falsamente i

28 Si fa riferimento alla ricostruzione dell'art. 1439 cc secondo cui l'inganno deve essere tale da poter determinare un errore essenziale su una persona di normale diligenza e sempre che non vi sia, nella vittima, negligenza o colpevole ignoranza (recentemente, nel quadro di una giurisprudenza alluvionale, Corte cass., sez. I, 1 luglio 2022, n. 21008).

29 Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940; T.A.R. Lazio (Latina), sez. I, 21 ottobre 2022, n.807. T.A.R. Veneto, sez. I, 8 aprile 2022, n.539, T.A.R. Lazio (Roma), sez. I, 21 marzo 2022, n.3209. Se dunque la giurisprudenza amministrativa, comparata con quella del giudice ordinario, sembra non dare troppo risalto all'aspetto del raggirio, ritenendo che la falsità rilevi in questo senso per sé, accentua invece, come quella civile, l'aspetto dell'assenza di diligenza dell'amministrazione nell'essersi determinata sulla base di quell'errore. Non mancano peraltro letture che sembrano invece cavalcare una diversa prospettiva: così, per esempio, quando il Consiglio di Stato, richiamando la necessità di una lettura "costituzionalmente orientata della norma", lascia in ombra il profilo della eventuale negligenza dell'amministrazione, valorizzando solo quello della distorsione della realtà fattuale ad opera del privato oppure della determinazione di una non veritiera percezione della fattispecie (Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2021, n.2207). Ove questo sia, ne conclude, "non potendo l'ordinamento tollerare lo sviamento del pubblico interesse imputabile alla prospettazione della parte interessata, non può trovare applicazione il limite temporale di 18 mesi oltre il quale è impedita la rimozione dell'atto ampliativo della sfera giuridica del destinatario". Una dilatazione della esclusione si rileva anche nella giurisprudenza che ribadisce la necessità di una collaborazione del privato, applicandola anche a coloro "che, pur non essendo autori materiali delle condotte, abbiano concorso, anche con un contributo meramente agevolativo, a trarre in inganno l'amministrazione e anche [a] chi, in condizione di poter consapevolmente apprezzare e rendersi conto che il provvedimento dei cui benefici gode sia frutto di altrui condotte costituenti reato, senza le quali quel provvedimento favorevole non avrebbe conseguito, non abbia di tanto informato l'amministrazione per consentirle le valutazioni del caso". Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2021, n.2971.

fatti per ottenere un provvedimento utile, ancorché illegittimo. Un simile divieto può essere radicato sulla buona fede, rispetto agli interessi pretensivi, con la conseguenza per cui potranno esservi in capo al privato anche conseguenze sul piano della responsabilità risarcitoria, verso l'amministrazione o verso i terzi, per avere conseguito un indebito vantaggio e prodotto un danno ingiusto. Rispetto ai procedimenti d'ufficio, nei quali l'interessato assume una posizione difensiva³⁰, la buona fede invece deve recedere rispetto al diritto di difesa (di sé, della propria sfera personale, del proprio patrimonio), lasciando al privato una piena libertà nella rappresentazione di fatti, interessi e prospettazioni giuridiche funzionali ai propri interessi. Ciò coerentemente con una distribuzione dell'onere della prova che grava in questo caso interamente sull'amministrazione.

È da comprendere però se, in una prospettiva di obblighi reciproci nel quadro di un rapporto imperniato sulla buona fede, si possa imporre al privato qualcosa di più del non rappresentare il falso o dare rappresentazioni fuorvianti. E cioè di non essere reticente, se non anche di adoperarsi per acquisire e rappresentare fatti a sé potenzialmente sfavorevoli che siano nella propria sfera di conoscibilità e che consentano poi alla p.a. di adottare una decisione più consapevole, evitando che la sua ignoranza possa generare un pregiudizio all'interesse di cui è portatrice³¹.

Il problema di fornire informazioni contrarie al proprio interesse può porsi evidentemente in tutti i procedimenti, soprattutto ad istanza di parte, con la necessità di stabilire, quando la sanzione non sia già prevista, quali siano le conseguenze dell'eventuale violazione dell'obbligo. La questione si pone in termini generali anche nel diritto privato, ove non è certo se la buona fede comporti la responsabilità di chi abbia omessa una circostanza che l'altra ignori col-

30 Il riferimento è sia per i procedimenti di tipo sanzionatorio, sia per quelli destinati a produrre una privazione, come quelli diretti alla adozione di provvedimenti ablatori.

31 Ciò coerentemente con l'idea per cui gli obblighi di informazioni hanno un contenuto determinato "dalla necessità che [una parte] ha di conoscere situazioni di fatto o di diritto, la cui ignoranza rischierebbe di pregiudicarla": A. Albanese, *Buona fede, contratto e legge*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 42.

pevolmente (e, dunque, se generi l'obbligo di una rappresentazione completa dei fatti in sede di trattative)³², incertezza che, nel contesto della distribuzione dei pesi dell'istruttoria amministrativa, si fa ancora più grave.

E qui va recuperata la distinzione tra i diversi tipi di procedimento. Specularmente a quanto rilevato sopra, le considerazioni da fare divergono a seconda che si discuta del titolare di un interesse di tipo oppositivo o del titolare di un interesse di tipo pretensivo.

Di fronte ad una amministrazione che intende incidere negativamente sulla sfera giudica del soggetto, o imponendogli degli obblighi, o privandolo di diritti, si accentua il tratto difensivo della posizione del privato, che potrà limitarsi a fornire elementi di fatto che possano rientrare nel suo interesse, lasciando all'amministrazione e a eventuali terzi l'onere di fondare su fatti rilevanti l'adozione del provvedimento negativo. Lo stesso potrà dirsi in relazione alla posizione dei terzi che si oppongono all'adozione di un provvedimento ampliativo su istanza di un interessato. Ciò significa che la mancata ostensione di fatti conosciuti non potrà rilevare in termini di male fede; semmai potrà avere le conseguenze ordinarie rispetto al peso del suo eventuale affidamento che, data la consapevolezza della illegittimità, tende ad affievolirsi.

Il discorso non può essere svolto con la stessa facilità per il privato che aspira ad ottenere una utilità e che per questo propone una istanza all'amministrazione. In questo caso, infatti, vi è l'onere della dimostrazione in positivo della ricorrenza dei presupposti per ottenere l'utilità desiderata che esclude il diritto del privato di dire il falso e che lo obbliga ad allegare una rappresentazione dei fatti veritiera e completa, finalizzata a detta dimostrazione: tutto ciò che ha a che fare con la prova è onere dell'istante.

Questa premessa (e la precisazione serve per la prosecuzione del ragionamento) presuppone peraltro una chiara ed esaustiva determinazione di quali

32 A. Albanese, *La lunga marcia della responsabilità extracontrattuale: dalla culpa in contrabando alla violazione di obblighi di protezione*, *Eur. e dir. priv.*, 2017, 1144-1145.

siano i presupposti in questione. Ciò può invece non essere, poiché spesso l'esercizio della libertà dipende da una valutazione del presupposto, intrisa di profili tecnici o discrezionali, rispetto al quale potrebbero rilevare fatti di vario genere, non predeterminabili *a priori*. È proprio rispetto a questi fatti che il problema emerge.

La fattispecie non è comunque omogenea e si frammenta ulteriormente, perché contiene in sé sia il caso nel quale il privato chiede un atto ampliativo necessario per l'esercizio di un suo diritto o di una sua libertà, sia quello in cui egli chiede di poter ottenere una utilità che non appartiene alla sua sfera giuridica.

Nel primo caso, il procedimento si sviluppa in un contesto intriso di autoritarità. A dispetto del carattere formalmente vantaggioso dell'atto richiesto e della natura pretensiva dell'interesse fatto valere, rimane il fatto che l'ordinamento sottopone l'esercizio di una situazione giuridica attiva ad una limitazione formale (la necessità del previo atto), in funzione di un controllo preventivo. Dal punto di vista del rapporto tra autorità e libertà non vi è una differenza sostanziale tra il caso in cui l'amministrazione, rilevando il difetto di un presupposto, vieta l'esercizio di una libertà negando l'autorizzazione e quello in cui essa, rilevando la violazione di una regola, ne interdice la continuazione. Nell'uno e nell'altro caso, ciò che va dimostrato è la contrarietà alle regole, onere che grava interamente sull'amministrazione. Questa dimostrazione potrà certo passare anche attraverso l'indicazione degli elementi che il privato deve fornire (ed allora il problema si sposta sulla proporzionalità degli oneri imposti): fuori da ciò che gli è richiesto di rappresentare, però, al privato che omette circostanze potenzialmente rilevanti non può essere imputato alcunché.

Il contesto del rapporto cambia quando invece il privato tenda all'ottenimento di una utilità che non appartiene alla propria sfera giuridica.

La questione si è posta con molta evidenza nelle procedure ad evidenza pubblica, a proposito della previsione per cui è escluso dalla procedura chi si

sia reso colpevole di gravi illeciti professionali³³. Secondo la giurisprudenza, il principio di buona fede obbliga l'impresa, chiamata a dichiarare che non ricorrono cause di esclusione (anche, paradossalmente, quelle la cui esistenza dipenda da valutazioni della p.a.), a fornire all'amministrazione tutte le informazioni potenzialmente rilevanti, lasciando che sia poi l'amministrazione a selezionare, tra tutte, le informazioni da utilizzare³⁴. Il privato, dunque, deve adoperarsi per individuare ciò che potrebbe servire all'amministrazione per escluderlo, rendendo queste informazioni accessibili in modo generalizzato ed assumendosi il relativo danno reputazionale. Ove non lo faccia, il fatto stesso della omissione è considerabile ai fini della sua inaffidabilità.

Si tratta di un caso paradigmatico.

Di fronte ad un rapporto che più di ogni altro si avvicina a quello della trattativa precontrattuale e che più di ogni altro si presterebbe ad una applicazione non adattata dei principi comuni, la giurisprudenza utilizza sì il principio di buona fede come principio ordinatore del rapporto tra le parti, ma con evidenti distorsioni. Trascura che la buona fede non copre il comportamento negligente di chi non riceve una informazione che poteva chiedere e ottenere; trascura il limite legato al fatto che la buona fede non può generare obblighi che ledano in modo irragionevole l'interesse della parte; trascura il carattere relazionale della buona fede ed il fatto che essa protegge al contempo entrambe le parti; sostituisce con un obbligo di informare l'onere di informarsi; impone obblighi generici e di contenuto indeterminato, che mal si prestano ad essere sanzionati.

7. La conferma della direzione. Le preclusioni dell'art. 10 bis

33 Si rinvia per una disamina più analitica di una fattispecie che presenta significativi profili di interesse teorico a S. Torricelli, *Il principio di buona fede nelle procedure di gara, tra obblighi (dell'impresa) di informare e obblighi (dell'amministrazione) di informarsi*, in *Munus*, 2020, 477 ss.

34 Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592.

La lettura che ha guidato l'analisi, fondata sulla valorizzazione della buona fede in chiave di oneri di diligenza procedimentale, sembra coerente con alcune linee di sviluppo dell'ordinamento³⁵.

La centralità del procedimento, con le preclusioni che la accompagnano, è confermata in particolare dalle scelte che il legislatore ha compiuto nel riformare l'art. 10 bis l. n. 241/1990³⁶.

La norma presenta non pochi elementi di ambiguità³⁷; al fondo essa stabilisce oggi che, ove si sia tenuto un contraddittorio procedimentale a seguito della comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza³⁸ e se il successivo provvedimento di rigetto sia stato annullato dal giudice, l'ammini-

35 Linee di sviluppo che si colgono nelle numerose normative che disciplinano i silenzi procedurali, di cui meglio si dirà poi, e nella giurisprudenza che, limitando le possibilità per l'amministrazione di reiterare all'infinito provvedimenti annullati con motivazioni diverse, contemperano l'idea tradizionale della inesauribilità del potere amministrativo con il diritto dei cittadini alla certezza e alla rapidità nella definizione della questione che li riguarda: su quest'ultimo aspetto e sulla evoluzione giurisprudenziale che ha preceduto la riforma dell'art. 10 bis l. n. 241/1990 si veda M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.* 2022, spec. 598 ss.

36 L'art. 10 bis ha manifestato dall'inizio un tratto fortemente innovativo, introducendo una fase contraddittoria di cui la dottrina aveva invero già prospettato l'esigenza (chiedendosi se sia o meno “necessario che la pubblica amministrazione abbia già predefinito la determinazione, ossia la scelta che intende operare, almeno nei suoi termini generali, e pertanto su di essa inviti a partecipare gli interessati al fine di verificare la fattibilità dell'opzione e le ricadute della stessa in termini naturalmente non soltanto giuridici”: così, M. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 298). Sulla differenza tra partecipazione e contraddittorio, F. Satta, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 307; nonché E. Frediani, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al «preavviso di rigetto»*, in *id.*, 2005, spec. 107 ss.

37 Sulle diverse opzioni interpretative lasciare aperte, si veda L. Ferrara, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. Amm.*, 2021, spec. 576 ss.

38 E' da ritenere infatti che la preclusione si generi solo ove il privato sia intervenuto dopo la comunicazione e abbia presentato le proprie osservazioni, esercitando i suoi diritti di contraddittore. Convergono a corroborare questa conclusione sia l'espressione letterale usata dal legislatore (“in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato”, dove l'avverbio “così” indica il provvedimento adottato a seguito delle osservazioni), sia la *ratio* della novella (che tende anche a valorizzare e promuovere il momento del confronto contraddittorio post comunicazione), sia una interpretazione secondo buona fede (che pone in capo al privato l'onere di rappresentare compiutamente la propria posizione già nel procedimento: se non lo fa, ordinariamente incappa in preclusione, come si è visto, mentre in questo caso ciò che accade è che non si produce una preclusione in capo alla sua controparte).

strazione, in sede di riesercizio del potere, non potrà porre a fondamento di un nuovo rigetto motivi che emergevano dall'istruttoria del primo procedimento.

Il principio di buona fede, nel suo carattere relazionale e reciproco, trova qui una ulteriore espressione; esso, invero, può essere considerato al contempo principio ispiratore della norma e canone per la sua interpretazione³⁹. E, proprio nella prospettiva della buona fede, dall'art. 10 bis si ricavano elementi in linea con le premesse da cui questo studio è partito.

Per un verso, la norma riformata sottolinea la specularità nella posizione delle parti. All'obbligo dell'amministrazione di indicare nella comunicazione tutti i motivi ostativi emergenti dall'istruttoria, fa riscontro oggi l'onere del privato di esercitare il suo diritto partecipativo⁴⁰. L'effetto preclusivo finale, che impedisce all'amministrazione di far valere successivamente i motivi non addotti che emergevano dall'istruttoria, dipende dalla scelta del privato di partecipare alla fase contraddittoria post-comunicazione⁴¹.

39 Come sembra cogliersi nelle parole di M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, cit., 596. Si veda, per un riferimento alla buona fede come canone di interpretazione della norma quanto osservato sopra, nella nota precedente. Appare poi condivisibile, sulla base della stessa impostazione interpretativa, la giurisprudenza che interpreta la formula "motivi emergenti" come riferita ai motivi che l'amministrazione poteva ricavare dall'istruttoria, anche se non rilevati, ivi inclusi quelli non ricavabili dalla istruttoria ma che sarebbero stati ricavabili ove l'istruttoria fosse stata svolta con diligenza (anche su questo, M. Ramajoli, *ibidem*, 608).

40 Un onere che invece non poteva trarsi dalla formulazione originaria della norma, che, almeno espressamente, non prevedeva alcuna conseguenza per il caso del mancato intervento del privato (F. Trimarchi Banfi, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 356, la quale peraltro ipotizzava dubitativamente che un simile comportamento potesse essere contrario al dovere di buona fede, con conseguenze sul piano della limitazione del danno risarcibile).

41 Si potrebbe discutere se si tratti davvero di un onere o se invece la preclusione sia l'effetto premiale per avere scelto di anticipare alla fase procedimentale il dibattito in contraddittorio che altrimenti si avvierebbe solo al momento e all'interno del processo (e che dovrebbe consentire all'amministrazione di addivenire ad una migliore decisione e ad una migliore motivazione, producendo anche un effetto deflattivo del contenzioso). Tuttavia, nella fisionomia che il procedimento ha acquisito a seguito della riforma, l'effetto preclusivo corrisponde a un tratto ordinario che il procedimento assume al fine di produrre la sua massima utilità e riesca a concentrare in sé le attività, anche contraddittorie, in cui si articola il rapporto tra le parti: non si tratta dunque di un effetto premiale, ma dell'effetto che consente al procedimento di assolvere le sue funzioni, a beneficio di entrambe le parti.

Per un altro verso, l'art. 10 bis rafforza l'obbligo per l'amministrazione di valorizzare massimamente l'istruttoria procedimentale (coerentemente con la scelta che si è visto di stabilizzare proprio dentro al procedimento il materiale istruttorio rilevante ai fini della decisione), traendo poi dall'istruttoria svolta il massimo possibile in termini di motivazione.

In questo senso, è evidente il tentativo del legislatore di fare in modo che il procedimento definisca sino al massimo grado possibile l'assetto degli interessi coinvolti, attraverso la chiusura dell'istruttoria e la definitività della motivazione, così da creare la condizione per cui anche la sentenza possa dare come utilità la effettiva soddisfazione degli interessi del privato ricorrente che risulti vittorioso.

Per un altro verso ancora, la disciplina rinnovata del preavviso di rigetto si inquadra nel contesto più generale della tendenza a dare alle norme procedurali un contenuto anche sostanziale, rafforzandone il valore ordinante⁴².

Il regime dei silenzi dimostra che l'osservanza o la violazione di una regola del procedimento può incidere sul risultato finale di un procedimento e sulla stessa identificazione dell'interesse pubblico⁴³. Infatti: l'interesse pubblico in concreto risente delle modalità con cui è condotta l'azione amministrativa, per cui ciò che può essere di interesse pubblico rispetto ad una azione amministrativa condotta in modo diligente o efficiente, può non esserlo nel caso in cui

42 Di "valore ordinante del procedimento" e del "ruolo oggettivamente propulsivo (e conformativo) giocato dalla partecipazione" (pur con accentuazioni critiche legate alla partecipazione degli interessi c.d. forti) parla R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 212.

43 Si pensi alle preclusioni procedurali che derivano, in sede di conferenza di servizi, dai silenzi assenti dipendenti dal fatto che una amministrazione partecipi producendo dissensi immotivati o tramite un funzionario incapace di manifestare in via definitiva la volontà dell'amministrazione di appartenenza (art. 14 bis, co. 3, e 14 ter c. 7, l. n. 241/1990), come anche si pensi al silenzio assenso endo-procedimentale di amministrazioni chiamate a esprimere assenti, concerti, nulla-osta (art. 17 bis l. n. 241/1990). Le norme evocate manifestano peraltro una sorta di schizofrenia: i silenzi all'interno del procedimento obbligano sì il responsabile a procedere, ma possono generare un difetto di istruttoria e il conseguente annullamento dell'atto, quando un interessato contesti la ponderazione sotto il profilo della mancata acquisizione dell'interesse che il parere avrebbe dovuto far emergere (almeno quando la considerazione dell'interesse non considerato avrebbe potuto incidere sulla decisione finale).

l'amministrazione violi questi fondamentali canoni. Ove ciò accada, assumono rilievo elementi ulteriori (riferibili alla diligenza e alla rapidità) che hanno solo in parte una dimensione individuale e che esprimono anche valori di civiltà e di sistema (a cominciare dall'affidabilità del sistema paese), i quali finiscono con l'incidere sulla scelta che diviene possibile fare nella fattispecie di riferimento.

Sotto questo profilo, l'art. 10 bis si ispira ad una logica nota, determinandone però un salto qualitativo.

Il formarsi dei silenzi assensi, infatti, non esclude la illegittimità del provvedimento finale: non solo il silenzio-assenso (per così dire) finale potrà essere annullato d'ufficio o dal giudice, richiamando proprio i motivi di interesse pubblico che il formarsi del silenzio assenso aveva soffocato, ma anche il provvedimento finale adottato sulla base di silenzi endo-procedimentali potrà essere impugnato in quanto vi è stato un difetto di istruttoria che ha potenzialmente inquinato la decisione finale: ancora il riferimento all'imparzialità, rispetto ad un quadro normativo in cui il fattore tempo assume il rilievo di un interesse pubblico capace di incidere (almeno) materialmente sulla scelta finale, genera un effetto schizofrenico⁴⁴.

Nel caso dell'art. 10 bis, invece, la preclusione che si determina è tale da incidere sul parametro di legittimità, nel senso che un provvedimento successivo che pretenda di tutelare l'interesse pubblico recuperando motivi emergenti dalla prima istruttoria (violando l'art. 10 bis) risulta comunque illegittimo. Si potrebbe argomentare che allora, proprio partendo dall'art. 10 bis, anche le norme sui silenzi endo-procedimentali andrebbero rilette, dando al silenzio un analogo significato preclusivo e superando quella intollerabile contraddizione che si traduce nell'imporre all'amministrazione di adottare un atto senza poterne valutare alcuni profili di legittimità, *ergo* di imporre l'adozione consapevole di un atto illegittimo.

44 V. nota precedente.

Ancora la buona fede, applicata in correzione dell'imparzialità, manifesta i suoi effetti di coerenza sistemica.

Queste ultime considerazioni conducono ad affrontare uno degli aspetti più controversi della norma: quello che attiene alla posizione dei terzi, resa critica per il fatto che essi non sono destinatari della comunicazione e non partecipano alla fase in contraddittorio che conclude il procedimento. Per essi, si è detto, non vale la preclusione posta dall'art. 10 bis, che investe soltanto l'amministrazione⁴⁵. Il punto è in effetti delicato, ma si può impostarlo avviando il discorso sulla base di una considerazione pratica e procedendo per esclusioni.

E' difficile accettare l'idea che il terzo possa impugnare il provvedimento di accoglimento dell'istanza, adottato a seguito dell'annullamento del primo rigetto, perché l'amministrazione non abbia considerato argomenti emergenti dall'istruttoria che le era precluso di considerare; d'altra parte il divieto posto dalla formulazione letterale dell'art. 10 bis le impedirebbe di nuovo, anche in caso di annullamento dell'accoglimento, di adottare successivamente un diniego che violasse quelle preclusioni.

La norma va allora per forza in qualche modo curvata: o la si piega nel senso di ritenere in via interpretativa che la comunicazione veda fatta anche ai terzi o la si interpreta nel senso che l'impugnazione dei terzi dell'accoglimento faccia risorgere il potere-dovere per l'amministrazione di recuperare motivi che precedentemente non poteva spendere.

Questa seconda soluzione (non dissimile a quella che si è tentato di percorrere per la SCIA, ma che la Corte costituzionale non ha condiviso⁴⁶) presenta profili problematici difficili da superare. L'amministrazione infatti si trove-

45 M. Ramajoli, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, cit., 610.

46 Coste Cost., 20 luglio 2020, n. 153. La Corte ha escluso che i poteri interdittivi dell'amministrazione sull'attività segnalata cambino a seconda della posizione dei terzi; in particolare ha escluso che, ove il potere interdittivo sia sollecitato da terzi, esso non sia soggetto alle limitazioni poste dall'art. 21 nonies l. n. 241/1990. Le considerazioni della Corte appaiono condivisibili anche sul piano teorico, perché riaffermano la necessità di una considerazione unitaria del potere amministrativo, che non può variare la propria ampiezza a seconda di dati accidentali: ciò sembra potersi dire anche nel caso dell'art. 10 bis.

rebbe, in fase di riesercizio del potere, ad adottare (e a non potere neppure successivamente annullare d'ufficio) un atto a contenuto almeno parzialmente vincolato (nel senso di non poter richiamare motivi emergenti dalla prima istruttoria) necessariamente illegittimo, che, ove annullato su ricorso di terzi, farebbe riemergere grazie agli effetti del giudicato un potere prima non esistente: non sembra esservi, in questa ipotesi ricostruttiva, alcuna ragionevolezza.

Più coerente una interpretazione alternativa, che, valorizzando il dato testuale illuminato dalla buona fede e dalla *ratio* della riforma, porti a ritenere che la comunicazione debba essere fatta agli “istanti”: la scelta del plurale si presta bene a ricomprendervi non solo l'istante originario, ma anche chi sia intervenuto chiedendo che l'amministrazione decida in uno o in un altro senso, anche recuperando una omissione che già comunque è sempre stata di per sé difficilmente giustificabile.

8. Qualche riflessione conclusiva

I principi sono un tratto della contemporaneità⁴⁷: l'apertura delle fattispecie ad un adattamento continuo e mutevole ai valori di cui essi si fanno tramite una conseguenza ineliminabile. In questo solco le considerazioni svolte, le quali, pur evocando molte questioni problematiche e incerte, permettono di trarre almeno una conclusione: e cioè che l'introduzione del principio di buona fede, se adeguatamente valorizzata, non ha solo un valore tassonomico, ma è in grado di incidere sull'assetto sostanziale del rapporto procedimentale.

Se dunque non ci si contenti, come spesso fa la giurisprudenza, a richiamare la buona fede in modo sovrabbondante e in funzione solo retorica, magari soffocandola con un richiamo congiunto a molti altri principi, anche tra loro contraddittori, si può comprendere come essa offra l'opportunità di una effettiva normalizzazione del rapporto amministrativo (almeno per quanto la specificità del fenomeno del potere autoritario lo consenta o lo suggerisca). Proprio le

⁴⁷ L'espressione è tratta da G. Vettori, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, 48.

potenzialità della buona fede debbono però allertare, non solo perché è importante che quelle potenzialità siano colte, ma anche perché l'effetto innovativo che essa può produrre deve essere convogliato in una direzione coerente.

Della buona fede la dottrina privatistica ha messo in luce l'aspetto enigmatico, anche chiedendosi se dalla sua applicazione derivino più benefici o svantaggi⁴⁸ e denunciandone il richiamo frequente ma non sistemico e non ancorato a criteri razionali⁴⁹.

La trasposizione del principio nel campo pubblicistico amplifica questi rischi: di qui l'esigenza di interrogarsi circa il modo di preservarne la funzione e la capacità conformativa, senza piegarlo a logiche che ne contraddicano il senso.

In particolare, il principio di buona fede può portare ad avvalorare certe letture collaborative del procedimento amministrativo, che assegnano alle parti un ruolo tendenzialmente omogeneo espletando il quale esse debbono adoperarsi per il raggiungimento di un risultato comune: impostata la questione in questi termini, il risultato comune non può che essere l'interesse pubblico. Ma questo approccio confligge con l'idea del rapporto amministrativo, che postula invece due parti in posizioni non coincidenti o addirittura contrapposte.

E' in questo contesto di alterità delle parti che la buona fede può definire uno standard generale di comportamento in cui si può dover fare, dire o dare ciò che serve alla controparte, nei limiti in cui questa, adoperandosi con diligenza, non potrebbe ottenerlo e comunque nei limiti in cui l'afflato collaborativo non osti al soddisfacimento del proprio interesse.

Se questa è la premessa, la buona fede trova spazio per valorizzare il procedimento come luogo esclusivo e non duplicabile, nel quale emergono elementi che definiscono un assetto istruttorio tendenzialmente stabile e assistito

48 S. Piraino, *L'onore della buona fede tra diritto e mercato*, cit. 648.

49 G. Alpa, *La creatività all'opera. La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in aa.vv., *Diritto giurisprudenziale*, in M. Bessone (a cura di), Torino, 1996, 118.

da preclusioni, che costituisce al tempo stesso presupposto e parametro di legittimità della scelta finale.

Con questa chiave di lettura, la buona fede fa acquisire al procedimento la capacità di definire l'assetto del rapporto tra le parti, massimizzando anche l'effettività della tutela giurisdizionale.

Improntato il rapporto alla buona fede, il giudice si trova di fronte non già alla vischiosità di un potere (amministrativo) sotto ogni profilo inesauribile, ma ad un quadro che proprio la buona fede impone alle parti di definire, esercitando poteri reciproci che la buona fede tende a far esaurire nel procedimento.

Ciò contribuendo ad una conformazione armonizzante della relazione tra amministrazione e persone.

MICHELE TRIMARCHI

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il dipartimento di giurisprudenza
dell'Università di Foggia

michele.trimarchi@unifg.it

BUONA FEDE E RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

FAIRNESS AND ADMINISTRATIVE LIABILITY

SINTESI

L'articolo indaga i fondamenti della responsabilità della pubblica amministrazione per condotte contrarie alla buona fede, una forma di responsabilità indipendente dall'adozione di atti amministrativi illegittimi. L'attenzione è in seguito rivolta alle condizioni in presenza delle quali tale responsabilità si può configurare nello sviluppo del rapporto amministrativo e sul relativo regime giuridico. Nell'ultima parte l'articolo argomenta la natura extracontrattuale della responsabilità derivante dalla violazione della buona fede e si sofferma sull'assetto del riparto della giurisdizione.

ABSTRACT

The paper deals with the foundations of public administration liability for conduct contrary to fairness, a liability that may arise without any illegitimate act being taken. The attention is then turned to the requirements of this type of liability and on the related legal regime. In the last part, the article argues the non-contractual nature of the administrative liability and focuses on the structure of the division of jurisdiction.

PAROLE CHIAVE: responsabilità, buona fede, rapporto, risarcimento, affidamento

KEYWORDS: liability, fairness, relationship, compensation, legitimate expectation

INDICE: 1. La buona fede oggettiva nel diritto privato come regola di responsabilità. - 2. La buona fede oggettiva nel diritto amministrativo come regola sulla decisione, prescritta a pena di invalidità. - 3. (segue) e la sua crisi. - La buona fede come regola di condotta sanzionata con la responsabilità. - 5. La responsabilità per violazione della buona fede. Aspetti generali. - 6. L'ambito della responsabilità per violazione della buona fede e i pregiudizi risarcibili. - 6.1. La responsabilità per violazione della buona fede all'interno del procedimento. - 6.2. La responsabilità per violazione della buona fede nel rapporto

sorto per effetto del provvedimento favorevole. 7. Natura e regime della responsabilità derivante dalla violazione della buona fede. - 8. Riparto di giurisdizione e situazioni giuridiche soggettive.

1. La buona fede oggettiva nel diritto privato come regola di responsabilità

La buona fede oggettiva in diritto privato¹ è una clausola generale che, per il tramite di una delicata operazione di completamento della fattispecie da parte del giudice², esprime regole di condotta sia nelle trattative precontrattuali

1 La buona fede oggettiva, cioè il comportarsi secondo buona fede come sinonimo di correttezza, va distinta dalla buona fede soggettiva, cioè l'essere in buona fede, che rileva in disposizioni come gli artt. 251, 535, comma 3, 1147, 1479 c. c., e dalla buona fede come criterio di interpretazione del contratto.

Sulla distinzione tra buona fede come fatto giuridico psichico (c.d. buona fede soggettiva), buona fede come norma e criterio di qualificazione di comportamenti umani (c.d. buona fede oggettiva) e buona fede come “criterio che interessa in tema di nessi tra fatti giuridici e vicende di rapporti giuridici” v. R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, 15 s.. Nella dottrina amministrativistica F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, rist. in ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – Dagli anni 'trenta' all' 'alternanza'*, Milano, 2001, da cui si cita; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 20 s.; L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, 136, con riferimenti alla dottrina civilistica, per la cui completa ricostruzione cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 1 ss.

2 Secondo una lettura accreditata (V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 28 ss., 66 s.) le clausole generali non sono norme ma “termini o sintagmi di natura valutativa contenuti in enunciati normativi” il cui tratto distintivo è l'indeterminatezza, cioè il fatto che il significato del termine è determinabile solo facendo ricorso a criteri potenzialmente in conflitto tra loro. La c.d. integrazione valutativa che le clausole generali richiedono – e che differisce dall'interpretazione, anche accedendo all'idea che nella comune attività interpretativa il giudice operi con discrezionalità, ossia esercitando un potere di scelta tra più opzioni fornite dal testo – consiste proprio nella scelta tra i criteri di giudizio concorrenti, in altre parole nella scelta dello *standard* valutativo. Lo *standard* a propria volta può essere esterno al diritto, come normalmente la dottrina sulle clausole generali ritiene, ma anche interno, a seconda del modo in cui la clausola generale è formulata (ve ne sono alcune che richiedono di individuare il criterio all'esterno, mentre altre lasciano all'interprete la scelta). Secondo l'A., la buona fede lascia irrisolta la questione del criterio da applicare per determinarne il contenuto in concreto, in quanto “che un comportamento sia o meno contrario a buona fede può essere stabilito (in astratto) sia in base a criteri morali individuali, della morale sociale, sia in base ad accertamenti tecnici o attraverso il riferimento ad altre norme del sistema giuridico”.

Sul fatto che la clausola generale demanda al giudice l'individuazione di una porzione, più o meno estesa, del suo contenuto precettivo, che dunque non è rinvenibile nel testo dell'enunciato, secondo un procedimento che non è meramente interpretativo, sul presupposto che l'interpretazione, “per quanto incorpori una dose fisiologica di discrezionalità, si sviluppa sempre a partire da un testo che impone al giudice di tornare ad esso”: v. L. NIVARRA, “Dentro” e “fuori”. *Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Europa e dir. priv.*, 2022, 94. Nella dottrina amministrativistica, sulle clausole generali, v. di recente L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, 1213 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss.;

(art. 1337 cod. civ.) sia nell'esecuzione delle obbligazioni – nascenti dal contratto (art. 1375 cod. civ.) e, secondo l'opinione preferibile, anche da altra fonte (art. 1175 cod. civ.)³.

Nelle trattative precontrattuali il comportamento contrario a buona fede – cioè sleale – dà luogo a responsabilità (la rubrica dell'art. 1337 cod. civ. recita “Trattative e responsabilità precontrattuale”): responsabilità che sorge anche se il contratto stipulato è valido, in quanto la buona fede integra (*id est*: si aggiunge, senza esservi assorbita, al) le regole attinenti alla formazione del contratto prescritte ai fini della sua validità (ad es. quelle relative alla libera formazione del consenso)⁴.

Nell'esecuzione dell'obbligazione, la buona fede fonda “la pretesa che l'esercizio dei diritti scaturenti dal contratto, o l'adempimento degli obblighi con esso assunti, avvengano con modalità tali da non pregiudicare l'interesse di controparte in misura superiore a quanto necessario per soddisfare l'interesse proprio (quale consacrato nel regolamento contrattuale, e/o previsto da norme di legge), ma non può servire a far venire meno diritti che (validamente, e) lecitamente il contratto o la legge abbiano attribuito, oppure a creare obblighi”⁵.

Come nella formazione, dunque, anche nell'esecuzione del contratto la buona fede è fonte di regole di condotta sanzionate con la responsabilità (qui certamente da inadempimento, mentre la natura della responsabilità precontrattuale è notoriamente molto discussa)⁶.

M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 43 ss., *passim*.

3 L'art. 1175 cod. civ. prescrive la correttezza nell'esecuzione dell'obbligazione, indipendentemente da quale ne sia la fonte. Se si ritiene che la “correttezza” menzionata all'art. 1175 abbia lo stesso significato della buona fede prevista dall'art. 1375 cod. civ., si può concludere che il principio di buona fede e correttezza opera nell'esecuzione di tutte le obbligazioni: U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo 1, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974, 7 s.

4 Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725. In dottrina, per tutti, G. VETTORI, *Contratto e costituzione*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, Milano, 2021, 287.

5 G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, cit., 602.

6 Da ultimo L. NIVARRA, “Dentro” e “fuori”, cit., 66.

Parte della dottrina ha inteso assegnare alla buona fede anche il valore di regola di validità delle pattuizioni delle parti. Lo ha fatto attraverso una ardita “manovra interpretativa”⁷ che annovera la buona fede tra le fonti di integrazione del contratto, malgrado l’art. 1374 cod. civ. non la menzioni, unitamente all’affermazione che, essendo la buona fede regola inderogabile, le pattuizioni in contrasto sono inefficaci e la conservazione del contratto passa attraverso la sostituzione della clausola difforme da parte del giudice⁸.

La proposta di elevare la buona fede a regola di validità per via delle fonti di integrazione non sembra oggi accolta, in quanto pure chi ne accetta la funzione integrativa del contenuto del contratto⁹ precisa che la buona fede genera obblighi, accessori a quelli principali previsti dalle parti¹⁰, che non si possono porre “in un quadro di conflitto con l’atto di autonomia” e la cui violazione è sanzionata con la responsabilità¹¹.

Il tentativo di considerare la buona fede come regola di validità del contratto ha tratto nuova linfa dalle disposizioni, progressivamente introdotte sulla spinta del diritto europeo, che, in relazione ad alcuni tipi contrattuali, nei quali è più evidente l’asimmetria di potere negoziale tra le parti, attribuiscono al giudice poteri di valutazione dell’esistenza di abusi del contraente “forte” ai danni

7 Così la definisce L. NIVARRA, *Esecuzione del contratto*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, cit., 538.

8 S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 178 ss.

9 Contrari comunque C. SCOGNAMIGLIO, *L’integrazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti in generale*, seconda ed., a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 2006, 1173 s.; G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 2, 39 ss.; L. NIVARRA, *Esecuzione*, cit., 539; osserva A. D’ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, cit., 622 s., che anche gli autori contrari alla manovra alla fine attribuiscono una qualche funzione integrativa alla buona fede.

10 Di cui peraltro è discussa la consistenza e l’intensità: A. D’ADDA, *Integrazione*, cit., 621 s., L. NIVARRA, *Esecuzione*, cit., 538 s.

11 A. D’ADDA, *Integrazione*, cit., 622 ss. L’opinione riflette la posizione della dottrina prevalente e della giurisprudenza: ad esempio Cass. civ., 6 agosto 2008, n. 21250, che da un lato esalta la funzione integrativa della buona fede, la quale “esplica la sua rilevanza nell’imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge”, ma al contempo è ferma nel ritenere che “dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere *ex se*, ove provato, un danno risarcibile. Non sembra questa però la posizione di S. RODOTÀ, *op. cit.*, 178 ss.,

dell'altro nella determinazione del contenuto del contratto, e di conseguente integrazione del regolamento¹². Secondo una parte della dottrina, il controllo del giudice sull'atto di autonomia, previsto da queste disposizioni, sarebbe in realtà da ammettere in via generale poiché costituisce espressione della buona fede, che veicola nel contratto il principio costituzionale della solidarietà sociale. La buona fede così assurgerebbe a regola generale di validità del regolamento contrattuale in nome della c.d. giustizia contrattuale.

Tale prospettiva però non è stata avallata dalla giurisprudenza della Cassazione, che, pur sensibile all'integrazione del contratto tramite buona fede, ha escluso che il giudice, in assenza di espressa comminatoria legale, possa dichiarare la nullità o l'inefficacia, per violazione della buona fede, di clausole ritenute abusive o sproporzionate¹³. La dottrina, da parte sua, ha persuasivamente ribadito che la buona fede oggettiva non ha la funzione di assicurare la giustizia del regolamento contrattuale¹⁴ in quanto è prevista dal codice civile come regola di comportamento nelle trattative, dove è pacificamente sanzionata con la responsabilità, e come regola di esecuzione del contratto, attinente perciò allo svolgimento delle situazioni giuridiche nascenti dal contratto, non alla validità delle clausole che prevedono quei diritti e quindi alla esistenza dei medesimi¹⁵.

Si può allora affermare che, malgrado tendenze in senso opposto, la buona fede nel diritto dei contratti è e rimane una regola di condotta delle parti che contrattano o che eseguono il contratto, sanzionata con la responsabilità civile, precontrattuale o da inadempimento, e non regola di fattispecie, sanzionata con l'invalidità¹⁶.

12 Attraverso diverse tecniche e procedimenti, su cui A. D'ADDA, *Integrazione*, cit., 628 ss.

13 Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024; sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725.

14 Così invece Cass., 18 settembre 2009, n. 20106.

15 G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., 602.

16 Solo in casi specifici la buona fede può costituire parametro di validità di clausole contrattuali. La dottrina ritiene che sarebbe invalida la clausola inserita dalle parti nel regolamento contrattuale che escludesse *tout court* l'operare della buona fede; e che potrebbe anche dubitarsi della validità della clausola "che precluda l'operare di specifici obblighi accessori che il giudice avrebbe potuto inferire dalla clausola generale di buona fede con riferimento al tipo di operazione contrattuale voluta dalle parti": A. D'ADDA, *Integrazione*, cit., 625 s. In senso analogo E.

La ragione è che l'autonomia privata – pur considerata nella sua dimensione di libertà regolata e finanche conformata dal diritto – non tollera che, al di fuori dei casi in cui la legge lo preveda espressamente, sia attribuito al giudice il potere di dichiarare invalide ed inefficaci le pattuizioni delle parti per contrasto con una regola dal contenuto indeterminato e indeterminabile, se non caso per caso, come la buona fede.

La stessa ragione è tradizionalmente addotta a sostegno della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità del contratto¹⁷: una distinzione che, proprio alla luce del trattamento giuridico delle violazioni della buona fede, sembra da accogliere¹⁸, tuttavia con la precisazione che esistono anche regole di comportamento sanzionate con l'invalidità (ad es., quelle che si traducono in un vizio del consenso)¹⁹.

2. La buona fede oggettiva nel diritto amministrativo come regola sulla decisione, prescritta a pena di invalidità

Secondo l'impostazione tradizionale, la buona fede è estranea al regime giuridico dell'attività amministrativa c.d. autoritativa²⁰ poiché è incompatibile con il vincolo al perseguimento dell'interesse pubblico²¹ e, comunque, presuppone un rapporto paritario tra due soggetti²².

ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 466 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 501. Osserva L. NIVARRA, "Dentro" e "fuori", cit., 65, che in questi casi la buona fede "opera, per così dire, in blocco, nel senso che essa qui non richiede di venire concretizzata [dal giudice] in sede applicativa".

17 Su cui G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, *passim*; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 37 ss. Nella dottrina amministrativistica L. LORENZONI, *op. cit.*, 182 ss.

18 Una autorevole critica, alla luce del regime delle nullità di protezione di derivazione europea, è in V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 378 ss., 391 ss.

19 G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 7, 735 s.

20 Sul punto ampiamente F. MANGANARO, *op. cit.*, 39 ss.

21 E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H.Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlin 1935, in *Arch. giur. dir. pubbl.*, 1936, 562.

22 M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 373 s.

Entrambe le obiezioni sono superate da tempo. Di quella fondata sull'incompatibilità della buona fede con il perseguimento dell'interesse pubblico è stato messo in rilievo il carattere ideologico²³. Che la buona fede inerisca esclusivamente a rapporti paritari è invece una pretestuosa generalizzazione dell'*id quod plerumque accidit* nel diritto privato²⁴, poiché anche lì esistono casi in cui la buona fede opera a prescindere da un rapporto obbligatorio²⁵.

Così superati i presunti ostacoli, si ritiene che la buona fede sia applicabile nel diritto pubblico in quanto il suo fondamento è non nelle disposizioni privatistiche che vi fanno espresso riferimento²⁶, bensì nella tradizione romanistica che informa tutto il sistema giuridico vigente, oppure nella Costituzione²⁷;

23 F. MERUSI, *op. cit.*, 118-120, cfr. F. MANGANARO, *op. cit.*, 40 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 254 s.

24 F. MERUSI, *op. cit.*, 120, più analiticamente 139-141, dove si dimostra che la buona fede in realtà non sempre presuppone un rapporto obbligatorio.

25 Si può qui tralasciare se l'operatività della buona fede in queste ipotesi giustifichi la figura dell'interesse legittimo in diritto privato: in questo senso notoriamente L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967, 64 ss.; *contra*, ad esempio, A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico*, in *Colloqui sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Milano 19 aprile 2013, Napoli, 2014, 83, secondo cui "dal momento che ogni rapporto deve essere comunque assoggettato al principio della buona fede oggettiva [...] l'interesse legittimo non aggiunge nulla all'obbligo, già presente a carico del titolare del c.d. potere privato, di proteggere la sfera della controparte subordinata".

26 Poiché la buona fede è un principio generale dell'ordinamento, non è corretto far questione di trasposizione nel diritto pubblico di un principio di diritto privato: F. MANGANARO, *op. cit.*, 49 ss.

27 Divergono le opinioni in ordine al c.d. fondamento del principio. Alcuni Autori lo individuano in disposizioni costituzionali (F. MANGANARO, *op. cit.*, 113 s., nella "solidarietà politica, economica e sociale" di cui all'art. 2 Cost.; da ultimo F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 22, ricava la vigenza del principio di buona fede dell'azione amministrativa all'interno del procedimento direttamente dagli articoli 2, 3 e 97 della Costituzione; G. M. RACCA, *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006, 1533 s., individua il fondamento del diritto alla correttezza dell'amministrazione nell'art. 28 Cost., in quanto "La responsabilità «secondo le leggi civili» (art. 28 Cost.) richiama il principio di correttezza e buona fede come integrato dagli artt. 2 e 97 Cost."), mentre altri ritengono che la ricerca del fondamento costituzionale sia riduttiva e impropria in quanto la buona fede è "un principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti [...] uno dei principi cardine del pensiero giuridico occidentale, creazione del diritto romano [...]" (F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., 8). Intermedia la posizione di A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 122 s., secondo cui "la collocazione del principio di affidamento è dunque oggi certamente costituzionale. Anche se ormai è comune ricondurre anch'esso all'art. 3 Cost., non vi è una disposizione costituzionale che lo rappresenti o la garantisca puntualmente, ma la stessa lettura delle norme costituzionali viene orientata sulla base di tale principio: ciò in definitiva ne dimostra in

del resto – è stato rilevato – “alle origini del diritto romano, l’istituto della *fides* riguardava proprio rapporti di tipo non paritario, cioè rapporti giuridici in cui una delle parti esercitava un potere di supremazia sull’altra ed è in questo ambito che la buona fede veniva generalmente riconosciuta come limite all’esercizio del potere”²⁸.

Diversamente che nel diritto privato, in diritto amministrativo non vi è in teoria ostacolo a includere la buona fede tra le regole sulla decisione, incidenti sul contenuto del provvedimento, sanzionate con l’invalidità-annullabilità.

Ed infatti, il controllo generalizzato del contenuto dell’atto sulla base di regole non scritte di elaborazione prevalentemente giurisprudenziale, che in diritto privato si vuol evitare espungendo la buona fede dalle regole di validità del contratto, è un elemento caratterizzante del regime del provvedimento amministrativo, il quale proprio per questa ragione non è espressione di autonomia ma di discrezionalità²⁹.

La struttura aperta della legalità amministrativa, composta (almeno tradizionalmente) più da principi che da puntuali regole scritte, è il terreno congeniale all’operatività delle clausole generali che favoriscono l’integrazione in via giudiziale del diritto obiettivo³⁰. Ed in effetti la buona fede si è affacciata nel diritto amministrativo proprio come regola di validità.

In particolare, si è ritenuto che il risalente orientamento giurisprudenziale secondo cui l’illegalità dell’atto non è sufficiente a legittimarne l’annullamento

misura ancora maggiore la rilevanza e l’incidenza”.

28 F. MANGANARO, *op. cit.*, 47 s., il quale prosegue osservando che, pertanto, “la tutela della buona fede è più necessaria nel diritto amministrativo che in quello privato”.

29 Sul piano teorico si può anche accettare l’idea che autonomia e discrezionalità siano nozioni giuridiche congeneri, nel senso che la distinzione è di natura quantitativa e non qualitativa, derivando dalla maggiore intensità dei vincoli propri della discrezionalità su chi la esercita; ma, foss’anche solo per queste ragioni di carattere quantitativo, la distinzione è comunque da accogliere in quanto riflette il diverso tessuto costituzionale in cui si muovono i privati e la pubblica amministrazione (per tutti G. CORSO, *Validità* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 93 ss.).

30 Sulla struttura e sulla logica del sindacato sul provvedimento condotto alla stregua di principi e clausole generali, opportunamente distinte, v. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 275 ss., 317 ss.

d'ufficio, occorrendo altresì che l'interesse pubblico concreto all'annullamento prevalga sulla situazione di vantaggio eventualmente consolidatasi a favore del privato, potesse trovare adeguato fondamento concettuale proprio nella buona fede obiettiva³¹: la quale, nella accezione di divieto di contraddirsi rispetto a precedenti comportamenti, integra il paradigma legale del provvedimento e, per questa via, impone all'amministrazione di considerare nella ponderazione degli interessi, da svolgersi secondo il criterio della ragionevolezza, anche l'affidamento del cittadino sorto da un precedente atto dell'amministrazione. Se la decisione è assunta senza una ragionevole considerazione dell'affidamento, il provvedimento è illegittimo per eccesso di potere³².

In seguito la dottrina, riprendendo in parte impostazioni risalenti³³, ha rilevato che la buona fede è un principio generale dell'attività amministrativa che opera non solo in funzione di tutela dell'affidamento generato nel cittadino da un precedente provvedimento dell'amministrazione, ma anche come regola sulla formazione della decisione³⁴. In questa veste la buona fede consente al giudice di controllare le scelte compiute dall'amministrazione, in particolare sotto il profilo della completa acquisizione degli interessi coinvolti nella decisione, a fronte della (supposta) insufficienza del riferimento ai principi costituzionali e della legge quali parametri del sindacato sulla discrezionalità³⁵.

Più in generale, se si definisce la buona fede oggettiva come dovere del soggetto di agire correttamente nel rapporto con gli altri soggetti con i quali viene in contatto³⁶, è chiaro che molti dei principi della funzione amministrativa

31 F. MERUSI, *op. cit.*, 104.

32 F. MERUSI, *op. cit.*, 199 ss.

33 U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, 274 ss., *passim*, che individua nella buona fede il principio regolatore della funzione amministrativa, concepita come un rapporto di collaborazione tra amministrazione e cittadini. Altresì, sia pur in altra prospettiva, A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 85, che ascrive la buona fede ai principi della funzione.

34 F. MANGANARO, *op. cit.*, 64.

35 F. MANGANARO, *op. cit.*, 169.

36 SALV. ROMANO, *Buona fede* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 680.

vi appaiono genericamente riconducibili³⁷: e poiché la violazione di questi principi, secondo un'impostazione consolidata, dà luogo ad eccesso di potere³⁸, il passo è breve per prospettare la buona fede come fondamento comune a diverse ipotesi di eccesso di potere, dunque indirettamente come regola di validità dell'intera azione amministrativa³⁹.

3. (segue) e la sua crisi

Uno sguardo critico al diritto positivo contemporaneo induce a ritenere che oggi è minimo, per non dire inesistente, lo spazio che si può assegnare alla buona fede come regola sulla decisione amministrativa sanzionata dall'invalidità⁴⁰.

Il ruolo propulsivo della buona fede nella tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti degli atti di ritiro non può essere disconosciuto, sebbene oggi sia diffusa l'osservazione che l'obbligo di temperare i diversi interessi coinvolti nella decisione, quindi anche l'interesse contrario all'annullamento di

37 Che regole del diritto amministrativo come il dovere di motivazione, la proporzionalità, etc. siano espressione del principio di correttezza o buona fede oggettiva risulta confermato anche dal fatto che il giudice civile, quando si trova ad applicare regole dal contenuto sostanzialmente analogo nella materia contrattuale, le considera proprio corollari del principio di correttezza: L. LORENZONI, *op. cit.*, 188 ss.

38 Si allude naturalmente a F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di dir. pubbl.*, 1950, 5, 1, 22 ss. per il quale però i principi della funzione, la cui violazione determina eccesso di potere, sono espressione non della buona fede ma della ragionevolezza.

39 V. C. CUDIA, *op. cit.*, 254 ss. Anche G. M. RACCA, *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006, 1530 ss., ritiene che la correttezza e la buona fede possano assumere rilievo quali parametri per l'individuazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, secondo l'art. 97 Cost. e l'art. 1, l. n. 241/1990.

Per alcuni esempi di rilevanza della buona fede come regola di legittimità, la cui violazione determina eccesso di potere, v. anche F. G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario a buona fede*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. III, Padova, 2003, 476, dove anche l'osservazione che tale rilevanza "discende direttamente alla collocazione del principio di buona fede nello statuto dell'attività amministrativa e dalla regola fondamentale secondo cui la difformità dallo statuto determina l'annullabilità del provvedimento".

40 *Contra* L. LORENZONI, *op. cit.*, 207 ss.; tuttavia gli esempi riportati dall'A. nella sua accurata indagine sembrano mostrare che la buona fede è criterio interpretativo delle regole di legittimità dell'azione amministrativa, non dunque una regola di legittimità in sé.

cui è titolare il destinatario del provvedimento favorevole, è in realtà una regola generale della discrezionalità amministrativa; anzi ne costituisce l'essenza, e che pertanto la buona fede non aggiunge nulla al normale bilanciamento⁴¹.

Tuttavia con l'entrata in vigore degli articoli 21-*quinqües* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, la legislazione sull'attività amministrativa ha fatto propri tutti i limiti al ritiro del provvedimento che in precedenza si potevano, dovevano desumere, ed erano stati desunti, dalla buona fede oggettiva: così l'obbligo di "tener conto" dell'interesse dei destinatari del provvedimento favorevole, e comunque dei controinteressati all'annullamento; così il divieto di pronunciare l'annullamento oltre un "termine ragionevole" (regole applicabili per interpretazione analogica alla revoca, la cui disciplina comunque segnala la rilevanza dell'affidamento laddove prevede la monetizzazione del suo legittimo sacrificio tramite la corresponsione di un indennizzo: art. 21-*quinqües*, l. n. 241/1990).

Ciò comporta l'estromissione della buona fede dal paradigma di validità degli atti di ritiro in quanto l'annullamento o la revoca adottati in violazione delle previsioni legislative poste a tutela dell'affidamento sono illegittimi per violazione delle disposizioni stesse, non per violazione della buona fede. Né si può dire che il provvedimento viola la buona fede in quanto i limiti previsti dal-

41 F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 823 ss.; C. CUDIA, *op. cit.*, 257, secondo la quale l'affidamento nell'accezione comune "non presenta alcun valore aggiunto rispetto al diritto alla ponderazione degli interessi che scaturisce immediatamente dalla costruzione dell'annullamento d'ufficio come potere discrezionale di amministrazione attiva". Tuttavia A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento*, cit., 131, pone in rilievo che il principio dell'affidamento comporta che l'interesse del privato abbia un peso diverso, e maggiore, nell'ambito della valutazione discrezionale.

Già A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979, 111 ss., 118, obiettava a Merusi che, se la buona fede come limite agli di ritiro comportasse soltanto un obbligo di ponderazione tra l'interesse pubblico e l'interesse dell'affidatario, la tutela della buona fede si esaurirebbe nel corretto esercizio del potere discrezionale. L'A. ritiene che la buona fede comporta la "tendenziale conservazione delle posizioni acquisite", nel senso che i diritti acquisiti costituiscono un limite alla determinazione discrezionale: A. MANTERO, *op. cit.*, 143 s. Osserva esattamente F. MANGANARO, *op. cit.*, 70, che "anche la teoria in oggetto finisce con l'identificare la tutela della buona fede in un obbligo di ponderazione tra interessi diversi" giacché "in sostanza, l'amministrazione agirebbe correttamente e in buona fede se, nel compiere una scelta, tenessero conto dei diritti acquisiti dai privati, in forza di una sua precedente attività".

la legge costituiscono espressione di questo principio: trattasi di affermazione giuridicamente inutile (se non pericolosa, perché rischia di ricondurre all'eccesso di potere stati viziati del provvedimento che in realtà integrano violazioni di legge) e teoricamente inappropriata, se è vero che la funzione delle clausole generali come la buona fede è quella di integrare il diritto scritto, non di sostituirvisi⁴². Le modifiche dell'art. 21-*nonies* e 21-*quinquies* intervenute ad opera della legge n. 124 del 2015, e altre che si sono succedute sulla stessa falsariga (l. n. 108 del 2021), hanno introdotto ulteriori limiti agli atti di ritiro, sino ad allora mai desunti dalla buona fede oggettiva e, probabilmente, da questa non desumibili: soprattutto la regola che l'amministrazione decade dal potere di annullare d'ufficio il provvedimento favorevole trascorsi (prima 18, ora) 12 mesi dalla sua adozione, fermo restando che pure prima di questo termine il tempo trascorso può rendere irragionevole l'annullamento d'ufficio; e il divieto di revocare un provvedimento inopportuno sin dall'origine.

La logica di queste previsioni non è quella di obbligare l'amministrazione ad immettere nella valutazione discrezionale l'interesse del destinatario del provvedimento favorevole, ma di vietare l'adozione dell'atto di ritiro in via astratta e generale: non dunque una valutazione di correttezza, da compiersi caso per caso, secondo le caratteristiche della buona fede, ma un divieto astratto e generale posto a presidio della stabilità del provvedimento, in una prospettiva più congeniale ai valori della certezza del diritto intesa come sicurezza della stabilità delle relazioni⁴³.

Complessivamente, quindi, si può dire che la buona fede, se mai è stata regola di validità degli atti di ritiro, oggi non lo è più, in parte perché i limiti che da essa si ricavavano sono oggi transitati nel diritto scritto, in parte perché que-

42 Cfr. R. SACCO, *op. cit.*, 17-19: "non c'è posto per una buona fede come principio politico ispiratore delle norme. I fatti giuridici vanno inquadrati secondo il loro contenuto [...]".

43 Per lo svolgimento di questa tesi sia consentito il rinvio a M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere. Profili critici*, Napoli, 2018, 189 ss., e agli Autori ivi citati.

sto ne ha previsti di ulteriori che non sono ascrivibili alla tutela della buona fede.

Oltre i confini della tutela dell'affidamento nei confronti degli atti di ritiro, la buona fede non si è mai imposta nella realtà giuridica come regola di legittimità, attinente all'esercizio della discrezionalità, malgrado le surrichiamate suggestioni dottrinali.

Sul piano concreto, pur ammesso che talune figure sintomatiche dell'eccesso di potere, comunque di certo non tutte, siano riconducibili ad un'idea generale di (s)correttezza, è vero anche che il giudice annulla il provvedimento perché riscontra la violazione delle figure stesse o, più correttamente, dei principi di cui queste sono il risvolto. Il richiamo alla buona fede allora è ancora una volta puramente descrittivo, anzi pleonastico. Così come è evidente il pleonismo in cui incorre la giurisprudenza quando afferma che l'adozione dell'atto illegittimo da parte della amministrazione integra una violazione della buona fede⁴⁴.

Del resto, ricondurre le figure sintomatiche dell'eccesso di potere alla violazione della buona fede è operazione che non sembra comportare un guadagno sul piano teorico: dal momento che le figure sintomatiche non sono sintomi, ma vizi conseguenti alla violazione dei principi della funzione, di origine spesso giurisprudenziale ma poi riconducibili a principi costituzionali e di diritto europeo⁴⁵, individuare la buona fede quale fondamento unitario delle figure sintomatiche significa sostituire la clausola generale a principi che hanno un

44 Ad es. Cons. Stato, sez. IV, 17 agosto 2017, n. 4027.

45 E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa- Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in www.giustamm.it, 2007; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 508 ss.

Secondo una parte della dottrina, il collegamento delle figure sintomatiche con la violazione dei precetti comporta che esse non configurano eccesso di potere bensì “violazione di legge in relazione a quei precetti che sono stati via via enucleati, e sempre più spesso scritti, o trascritti, in norme positive”: C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, in [www.treccani.it/enciclopedia/eccesso-di-potere_\(Diritto-on-line\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/eccesso-di-potere_(Diritto-on-line)), 2016, par. 4.

contenuto ben più specifico e pregnante della medesima⁴⁶. Altro è riscontrare che il sindacato del giudice amministrativo sull'eccesso di potere presenta caratteri in parte comuni a quello che il giudice civile opera sui poteri privati attraverso le clausole generali⁴⁷: il che, senza entrare qui nel merito, potrà anche essere esatto, ma certamente non sollecita la conclusione che l'eccesso di potere si risolva nella violazione della buona fede né tantomeno assegna alla buona fede un ruolo di limite al potere amministrativo che non sia già rinvenibile nei principi della funzione⁴⁸.

Il vero è che la buona fede, in astratto, potrebbe avere una incidenza sul paradigma della legittimità del provvedimento solo se attraverso di essa fosse possibile estendere il contenuto dell'eccesso di potere oltre i confini segnati dalle sue due componenti, cioè lo sviamento da una parte e le figure sintomatiche dall'altra. Ciò tuttavia non risulta che sia avvenuto. Si può allora concludere che anche in diritto amministrativo la buona fede non è regola sulla decisione

46 Nel ricondurre le figure sintomatiche dell'eccesso di potere alla buona fede, C. CUDIA, *op. cit.*, 251 ss., è mossa da una critica serrata alla compenetrazione della legittimità amministrativa con la dimensione dell'interesse pubblico: per superare questa, che considera una distorsione del sistema, l'A. ricorre alla clausola generale di diritto comune come fondamento dell'eccesso di potere. Altresì 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, 84 ss.

A mio avviso, la totale espunzione dell'interesse pubblico dal paradigma di validità del provvedimento non è teoricamente possibile né funzionale all'ampliamento della tutela giurisdizionale in senso soggettivo; tuttavia la rilevanza dell'interesse pubblico dovrebbe essere limitata alla figura dello sviamento di potere (per il quadro teorico entro il quale si muovono queste affermazioni si deve rinviare a M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 231 ss.; ID., *Appunti sulla legittimità in diritto amministrativo: origine, evoluzione e prospettive del concetto*, in *Dir. amm.*, 2017, 1313 ss.). È perfettamente condivisibile dunque che l'interesse pubblico non deve plasmare le figure sintomatiche dell'eccesso di potere: ma probabilmente gli strali andrebbero rivolti nei confronti di alcune applicazioni giurisprudenziali dell'istituto, non nei riguardi della sua ormai matura costruzione teorica che, come puntualmente osservato da G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, 173 ss., è tutt'altro che improntata, almeno per quanto concerne il riscontro delle figure sintomatiche, sull'interesse pubblico: "il giudizio sulla legittimità delle determinazioni unilaterali assume il proprio parametro" non, appunto, "nell'interesse pubblico genericamente inteso, ma in standard di comportamento con cui confrontare la decisione assunta nel caso concreto (*op. ult. cit.*, 174 s.)

47 In questo senso G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 251 ss., *passim*.

48 Correttamente lo riconosce proprio G. SIGISMONDI, *op. cit.*, 100, 253 ss., che assegna al parallelismo un valore essenzialmente culturale, di riflessione critica sulle virtù garantistiche del diritto amministrativo.

sanzionata con l'invalidità: e non perché si voglia evitare che attraverso di essa il giudice svolga un controllo sul contenuto del provvedimento, come in diritto privato, ma perché la determinazione del contenuto del provvedimento, e il sindacato su di essa, è uno spazio saturo di principi e regole specifiche di questo ramo del diritto, elaborate dalla tradizione pretoria; regole rispetto alle quali il riferimento alla buona fede è pleonastico e giuridicamente non significativo, probabilmente anche fuorviante.

4. La buona fede come regola di condotta sanzionata con la responsabilità

Alle difficoltà che la buona fede oggi incontra ad affermarsi come regola sulla decisione prescritta a pena di invalidità fa da contraltare la sua progressiva e ormai matura affermazione come regola della condotta dell'amministrazione nei riguardi del privato; la cui violazione, se determina un pregiudizio economico in capo al cittadino o alle imprese, incontra la sanzione della responsabilità civile e non dell'invalidità.

Lo spazio per una simile declinazione della buona fede si è aperto nel momento in cui, soprattutto sulla spinta della l. 241/1990 e degli istituti partecipativi, è maturata la consapevolezza che l'azione amministrativa si svolge all'interno di un rapporto giuridico con il privato⁴⁹. Ciò induce a considerare l'azione amministrativa non più esclusivamente nella prospettiva obiettiva della produzione giuridica⁵⁰, ma anche in quella della relazione: correlativamente le

49 Per tutti E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in *www.giustamm.it*, 2017. L'A. formula una teoria articolata del rapporto giuridico amministrativo dinamico, distinguendo il rapporto principale, dominato dalle figure del potere giuridico e dell'interesse legittimo, dal rapporto accessorio, in cui si collocano gli interessi procedurali protetti dalla legittimità dell'azione amministrativa.

La circostanza che l'azione amministrativa si svolga all'interno di un rapporto giuridico col privato è a fondamento anche della concezione sostanziale dell'interesse legittimo, come interesse protetto prima del provvedimento: per tutti F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 179 ss., 229 ss.

50 Con l'attenzione dapprima concentrata sull'atto, cioè il provvedimento, e poi sul procedimento, le cui più influenti definizioni, pur nella loro diversità, dimostrano che la prospettiva di osservazione è proprio quella della produzione giuridica (il procedimento come sequenza di atti teleologicamente orientati all'adozione del provvedimento, o come forma della funzione, o

norme che la disciplinano non attengono soltanto alla formazione del provvedimento, di cui prescrivono condizioni di validità, ma anche alla condotta dell'amministrazione all'interno del rapporto giuridico col privato⁵¹.

È frequente invero che le norme sulla formazione del provvedimento siano al contempo norme sulla condotta dell'amministrazione e viceversa. Tale ambivalenza, che si riscontra anche nel diritto privato in relazione alle norme sulla formazione del consenso, è accentuata in diritto amministrativo in quanto riflette l'ambivalenza del procedimento, che è sì luogo del rapporto tra l'amministrazione e privato, ma non dismette certo d'essere anche luogo di formazione della decisione e del provvedimento.

Questo dato indiscutibile offusca ma non falsifica la distinzione tra norme sulla produzione e norme di comportamento, in quanto ad un più attento esame sono rintracciabili norme attinenti esclusivamente alla formazione del provvedimento e, all'opposto, norme attinenti esclusivamente alla condotta all'interno del rapporto⁵².

Alle prime vanno annoverate senz'altro quelle, spesso non scritte, che governano la formazione della decisione dal punto di vista contenutistico, e quelle attinenti alla forma del provvedimento come documento.

Le seconde consistono invece nelle norme che non disciplinano aspetti formali del provvedimento, né incidono, direttamente o indirettamente, sulla

come luogo di formazione della decisione).

51 Sul tema generale A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, 209 ss.; ID., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 273 ss., par. 9; G.D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, 55 ss.; G. M. RACCA, *Correttezza*, cit., 1530.

52 Appare dunque da accogliere anche in diritto amministrativo la distinzione tra norme di mero comportamento, sanzionate solo con la responsabilità, e norme di validità, nonostante le serrate critiche di L. LORENZONI, *op. loc. cit.*; ID., *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. amm.*, 2020, 235 ss., par. 5 e seguenti.

Si aggiunge – ma non è questa la sede per sviluppare il ragionamento – che la distinzione non sarebbe offuscata anche se vi fosse piena coincidenza tra le norme sulla produzione e le norme di comportamento. Per il principio della pluriqualificazione, una stessa norma può rilevare giuridicamente come regola sulla produzione e come regola di comportamento a seconda della prospettiva volta per volta assunta dall'interprete, che può essere quella del giudizio di validità o quella del giudizio di liceità.

determinazione del suo contenuto⁵³; l'esempio più evidente è la previsione che reca il termine di conclusione del procedimento, e in questa categoria rientra anche la buona fede, con i contenuti che si vedranno appresso.

Proprio perché non compongono la fattispecie del provvedimento per ciò che concerne gli aspetti formali, né per gli aspetti sostanziali, la valutazione ordinamentale è di ritenere inappropriato che la violazione di queste norme scateni una sanzione a carico dell'atto, cioè l'annullabilità o la nullità del provvedimento, e più appropriata invece una sanzione a carico dell'autore della condotta, nella logica della responsabilità.

Anche in diritto amministrativo quindi si dovranno distinguere le norme di comportamento che sono anche norme sulla produzione, dunque prescritte ai fini della validità dell'atto, dalle norme di mero comportamento, come la buona fede, la cui violazione è suscettibile di generare solo illiceità e quindi responsabilità. Diversa dal diritto privato è però la ragione sottesa alla esclusione della buona fede dal paradigma di validità dell'atto precettivo: se lì è di evitare che il giudice eserciti un controllo generalizzato sul contenuto del contratto, qui è di evitare che l'invalidazione del provvedimento consegua alla violazione di norme che non pongono vincoli idonei, direttamente o anche solo indirettamente, ad incidere sul contenuto del provvedimento.

La logica della clausola generale – che è di rimettere volta per volta la determinazione del contenuto della regola a colui che è chiamato ad applicare il diritto (innanzitutto il giudice, ma anche la pubblica amministrazione), sulla base peraltro di un processo che differisce dall'interpretazione, anche di quella creatrice, in quanto si rivolge all'esterno del testo⁵⁴ – impedisce la ricognizione puntuale del contenuto della buona fede come regola di condotta.

53 A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento*, cit., par. 7, “nella serie comportamentale costituita dall'azione autoritativa della p.a., soltanto alcuni momenti, e non tutti, valgono ai fini della qualificazione di illegittimità, in quanto solo alcuni momenti, e non altri, sono riportabili all'interno dell'«atto amministrativo»”.

54 Cfr. su questo l'importante studio di L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali*, cit., par. 6, e l'ampia letteratura ivi criticamente considerata.

Tuttavia due indicazioni di carattere generale si possono ricavare da quanto sin qui detto.

In primo luogo, se funzione della clausola generale è di integrare il diritto scritto senza sostituirvisi⁵⁵, l'ambito di operatività della buona fede va individuato all'esterno delle regole e dei principi specifici che governano l'attività amministrativa. La buona fede dunque è regola di condotta che integra il diritto scritto e si pone a protezione diretta dell'interesse del cittadino o dell'impresa a confrontarsi con una pubblica amministrazione che agisca correttamente anche in relazione ai profili che non sono oggetto di specifiche prescrizioni⁵⁶.

In secondo luogo, l'osservanza o l'inosservanza della buona fede, trattandosi di norma di condotta non prescritta ai fini della validità, si apprezza indipendentemente dalla legittimità del provvedimento. Per questa medesima ragione l'amministrazione è tenuta alla osservanza della buona fede nei confronti della controparte del rapporto indipendentemente dal fatto che sussistano o meno i presupposti perché questa ottenga la decisione a sé favorevole⁵⁷.

Entro questa cornice è utile osservare, come schema euristico generale, che la buona fede oggettiva in una accezione più lata esprime "l'obbligo di comportarsi secondo una correttezza astrattamente indeterminata, ma determi-

55 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit.

56 È ormai idea diffusa nella dottrina che la protezione giuridica del privato nei confronti dell'amministrazione che agisce come autorità concerne non soltanto il c.d. interesse al bene della vita – più propriamente l'interesse ad ottenere una decisione favorevole, che dia luogo a un provvedimento ampliativo o eviti l'adozione di quello limitativo – ma anche l'interesse a che l'amministrazione si comporti correttamente all'interno del rapporto con il cittadino, indipendentemente dal fatto che questi abbia titolo alla decisione favorevole: per tutti A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit.

Le distanze tra le diverse impostazioni riguardano la qualificazione di questo secondo interesse: vi è chi lo considera una componente dell'interesse legittimo; e chi invece, identificando l'interesse legittimo nell'interesse alla decisione favorevole, ne afferma l'autonomia, denominandolo interesse procedimentale o riconoscendo in esso la struttura del diritto soggettivo.

57 In questo senso già G.D. COMPORTI, *op. cit.*, 71 ss., il quale tuttavia sembra ritenere che la figura della responsabilità della p.a. per violazione di regole di condotta non incidenti sulla buona fede presupponga l'inquadramento di tale responsabilità nell'ambito contrattuale; diversamente da quanto qui ritenuto, come si vedrà in seguito. Condivisibilmente G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, 334, dove si rileva che l'applicazione della buona fede al procedimento amministrativo "Non presuppone la trasformazione della relazione tra cittadini e amministrazione in rapporto obbligatorio".

nabile sulla base della fattispecie concreta e delle sue implicazioni con le istanze della costituzione economico-materiale”. In una accezione più ristretta esprime il divieto di *venire contra factum proprium* cioè di contraddire l’aspettativa di un altro soggetto generata con un proprio comportamento⁵⁸.

Tra le due manifestazioni della buona fede oggettiva non intercorre una differenza di carattere qualitativo: la buona fede è comunque clausola generale che chiama in causa l’intelligenza del caso concreto da parte dell’interprete secondo il criterio della ragionevolezza, sicché il divieto di *venire contra factum proprium* non è da intendere come una prescrizione categorica a carico dell’amministrazione, bensì come una specificazione nel concreto del canone della correttezza.

In ragione della duplice manifestazione della buona fede si possono distinguere due tipi di affidamento. Alla accezione lata della buona fede corrisponde l’affidamento come aspettativa “che tutti i soggetti dell’ordinamento giuridico coi quali si viene a contatto rispettino, non soltanto lo *strictum jus*, ma anche le regole di correttezza imposte dal principio di buona fede”⁵⁹. Alla accezione ristretta della buona fede – come divieto di *venire contra factum proprium* – corrisponde l’affidamento come aspettativa di coerenza rispetto a un precedente comportamento dell’amministrazione. Si può dubitare che il termine “affidamento” sia appropriato a descrivere la prima situazione, ma l’uso è invalso nella prassi; distinguere le due situazioni è comunque importante, come si vedrà.

5. La responsabilità per violazione della buona fede. Aspetti generali

La responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della buona fede è stata dapprima ammessa dalla giurisprudenza amministrativa nell’ambito delle procedure a evidenza pubblica⁶⁰; la giurisprudenza civile vi ha poi fatto ricorso nell’ipotesi della lesione dell’affidamento da parte dell’atto di

58 F. MERUSI, *op. cit.*, 126.

59 F. MERUSI, *op. cit.*, 128.

60 Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6.

ritiro legittimo⁶¹ e l'ha progressivamente estesa ad ipotesi in cui l'atto amministrativo è del tutto assente dalla fattispecie⁶². La giurisprudenza amministrativa l'ha infine riconosciuta come modello generale di responsabilità della pubblica amministrazione⁶³.

La collocazione sistematica della buona fede tra le regole di mero comportamento comporta che il tratto caratteristico della responsabilità derivante dalla sua violazione sia l'essere indipendente dalla legittimità dell'azione amministrativa. Si tratta conseguentemente di un modello di responsabilità che si distingue, per origine e proprietà, da quella in cui l'amministrazione incorre per il compimento di atti illegittimi⁶⁴.

Il dispositivo risarcitorio si fonda sempre sull'assunto che la buona fede determina nel privato la titolarità di una aspettativa giuridicamente rilevante a che l'amministrazione si comporti correttamente all'interno del rapporto; se tale affidamento è violato dall'azione scorretta dell'amministrazione, il privato

61 A partire da Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596.

62 Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236; Cass. civ., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615.

63 Cons. Stato, ad. plen., nn. 19/2021, 20/2021, 21/2021.

64 A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento*, cit., 209 ss.; M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, b) *Profili sostanziali*, in *Enc. dir.*, ann. IX, 2016, 806 ss.

Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Foro amm.*, 2018, 5, 766; in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1594, con nota di S. FOÀ, *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*; in *Urb. e app.*, 2018, 10, 639, con nota di L. GIAGNONI, *Responsabilità precontrattuale della p.a. anche prima dell'aggiudicazione*; in *Giur. it.*, 2018, 8-9, 1983, con nota di G.D. COMPORTI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*; in *Corr. giur.*, 2018, 12, 1547, con nota di F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza Plenaria n. 5 del 2018*, ha riconosciuto "l'ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento": in particolare, ma non solo, nella responsabilità precontrattuale "il provvedimento amministrativo è un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico. Si tratta, in altri termini, di una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale". Nello stesso senso già Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, e, da ultimo, Cons. Stato, ad. plen., nn. 19/2021, 20/2021, 21/2021, cit.; nella giurisprudenza civile, Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596; Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236; Cass. civ., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615.

che sulla base dello stesso abbia assunto decisioni rivelatesi pregiudizievoli, ha diritto al risarcimento del danno⁶⁵.

Perché la responsabilità si attivi occorre inoltre che l'affidamento sia incolpevole, nel senso che il titolare avesse ragione obiettiva di nutrirlo⁶⁶. L'incolpevolezza dell'affidamento è richiesta in funzione di contemperamento tra la tutela della fiducia, fondata sulla buona fede, e il principio di autoresponsabilità, in base al quale ciascuno è responsabile delle proprie azioni e omissioni e se ne assume il rischio: "l'efficacia causale della condotta altrui nella produzione del danno è subordinata all'attitudine di tali condotte a indurre una persona diligente ad assumere le decisioni che si riveleranno dannose: se quell'attitudine sussiste, il danno diviene direttamente riconducibile alla condotta in questione"⁶⁷, altrimenti non lo è.

65 Seguendo F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., 823 ss., *passim*, 844, è senz'altro il caso di precisare che l'affidamento che, fondato sulla buona fede, riceve tutela con la responsabilità civile è cosa diversa dall'istituto del legittimo affidamento che agisce quale limite agli di ritiro. Ed infatti – oltre alla differenza più evidente, che nell'un caso il rimedio apprestato è il risarcimento e nell'altro l'annullamento – vi è che la tutela del legittimo affidamento non assicura la soddisfazione dell'interesse materiale del privato (il mantenimento del provvedimento), quanto piuttosto che questo sia tenuto in considerazione dall'amministrazione (con le parole dell'A.: l'affidamento legittimo è "una situazione che riproduce i caratteri dell'interesse legittimo che si correla al potere discrezionale dell'amministrazione, nel senso che esso fonda la pretesa che il proprio interesse sia tenuto in considerazione nei modi previsti dalla legge, ma non dà titolo per pretendere il soddisfacimento dell'interesse materiale"); mentre la tutela dell'affidamento nell'ambito del giudizio di responsabilità è, per così dire, diretta, nel senso che non è condizionata ad una valutazione comparativa degli interessi ma dipende solo ed esclusivamente dalla intrinseca meritevolezza dell'interesse materiale alla luce del principio della buona fede. Questa differenza giustifica il fatto che, nell'ambito della responsabilità, l'affidamento debba essere incolpevole, mentre valutazioni di ordine soggettivo non sono ordinariamente richieste per la tutela del legittimo affidamento.

Sui limiti della tutela dell'affidamento attraverso la tecnica del bilanciamento degli interessi v. anche A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento*, cit., 135, che giudica la situazione insostenibile in quanto "risolvere l'affidamento nella necessità di un bilanciamento degli interessi significa rinunciare a una garanzia effettiva dell'affidamento, nonostante che esso si traduca in una pretesa che ha un contenuto tipicamente sostanziale, corrispondente a un 'bene' e a un valore economico: significa, in particolare, esporre il cittadino al rischio di qualsiasi mutamento di indirizzo dei pubblici poteri, anche quando, sulla base di impegni dichiarati formalmente dall'amministrazione, egli abbia già assunto impegni consistenti". L'A. ritiene che la tutela possa essere convenientemente accordata tramite meccanismi di indennizzo della perdita del vantaggio.

66 Cons. Stato, ad. plen., nn. 19/2021, 20/2021, 21/2021.

67 F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., 825.

Fermi questi punti, aspetti salienti della responsabilità derivante dalla violazione della buona fede sembrano ancora incerti o, comunque, bisognevoli di sistematizzazione da parte della dottrina e della giurisprudenza, considerato anche che la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria sovente si attestano su posizioni scarsamente conciliabili.

Le questioni di fondo attengono all'individuazione degli ambiti o della fattispecie nelle quali può configurarsi la responsabilità per violazione della buona fede, alla determinazione della natura (contrattuale o extracontrattuale) della responsabilità in questione, alla consistenza della situazione giuridica che beneficia del risarcimento e quindi alle regole del riparto.

Si tratta di profili che meritano di essere esaminati partitamente, cominciando dagli ambiti entro i quali la buona fede opera come regola di comportamento sanzionata con la responsabilità.

6. L'ambito della responsabilità per violazione della buona fede e i pregiudizi risarcibili

6.1. La responsabilità per violazione della buona fede all'interno del procedimento

Un primo ambito in cui la buona fede opera come regola di responsabilità è il procedimento, inteso appunto non quale sequenza di atti funzionalmente collegati al provvedimento, o come forma della funzione, ma come luogo in cui si stabilisce un rapporto giuridico tra l'amministrazione e il privato⁶⁸.

La responsabilità per violazione della buona fede si è affermata in un primo tempo nei procedimenti di scelta del contraente, assimilati dalla giurisprudenza alle trattative precontrattuali di cui all'art. 1337 c.c.⁶⁹. In seguito, è stata

68 E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo*, cit.

69 Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2018, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236; Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638; Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831. Per la giurisprudenza civile Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

prospettata come istituto di carattere generale, suscettibile di applicazione anche in procedimenti diversi⁷⁰, secondo un ordine di idee che ha ricevuto conferme dopo il suggello legislativo della buona fede come principio generale del rapporto procedimentale⁷¹.

La buona fede, quale regola di condotta che fonda la responsabilità dell'amministrazione, può rilevare all'interno del procedimento sia nel più generico significato di obbligo di agire correttamente, al di là e oltre quanto espressamente prescritto e indipendentemente da eventuali affidamenti sorti in ragione di un precedente comportamento, sia nell'accezione di divieto di *venire contra factum proprium*.

L'obbligo di agire correttamente ha un contenuto inevitabilmente generico che tuttavia si riempie di significato alla luce della logica del rapporto in cui

Secondo altro orientamento, la trattativa giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 1337 c.c. sorge solo a valle della scelta del contraente da parte dell'amministrazione, cioè a seguito dell'aggiudicazione provvisoria e fino alla stipula del contratto (gli orientamenti più risalenti collocavano la trattativa tra la stipulazione del contratto e l'adozione dell'atto di controllo o di approvazione al quale ne era condizionata l'efficacia). Per la giurisprudenza amministrativa v. Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599; Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2010, n. 3383; Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489; Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 5 febbraio 2015, n. 230. Per la giurisprudenza civile Cass., sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477; Cass., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313; Cass., sez. I, 18 giugno 2005, n. 13164.

Alla stregua di questa impostazione, la responsabilità precontrattuale sanziona in via pressoché esclusiva la rottura ingiustificata delle trattative da parte dell'amministrazione che, revocando o annullando l'aggiudicazione, lede l'affidamento dell'impresa prescelta nella stipula del contratto (o che, rifiutando l'approvazione del contratto, lede l'affidamento del contraente nell'efficacia del contratto medesimo). Non si tratta quindi di responsabilità per violazione della buona fede in seno al procedimento, ma di responsabilità per violazione della buona fede nel rapporto che sorge per effetto del provvedimento favorevole. Ipotesi considerata nel successivo paragrafo del presente contributo.

⁷⁰ Spunti significativi in Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2018. Per la giurisprudenza civile soprattutto Cass. civ., sez. un., 8236/2020.

⁷¹ Art. 1, comma 2-*bis*. L. n. 241/1990, comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge n. 120 del 2020. La previsione legislativa è valorizzata da Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19; Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20; Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21. Le sentenze tuttavia sembrano accogliere una concezione della tutela dell'affidamento come aspettativa rivolta alla stabilità del provvedimento favorevole: se così fosse, come sembra, le stesse non configurano una forma di responsabilità per violazione della buona fede in seno al procedimento, ma di responsabilità per violazione della buona fede nel rapporto che sorge per effetto del provvedimento favorevole. Ipotesi considerata nel successivo paragrafo del presente contributo.

si iscrive⁷². Nel contesto del procedimento amministrativo, tenuto conto della sua duplice anima cooperativa e difensiva, la correttezza assume il significato di dovere di collaborazione, per un verso, e, per altro verso, di astensione da comportamenti o azioni dirette a rendere più gravoso, se non impedire, la realizzazione dell'interesse del privato.

Nell'ambito del procedimento amministrativo molte regole di collaborazione e di difesa sono ormai positivizzate⁷³ e ciò sottrae spazio all'operatività della buona fede e della responsabilità che su di essa si fonda⁷⁴; tuttavia rimane un margine non indifferente di possibile operatività della buona fede, se solo si pensa alla c.d. amministrazione informale, cioè ai contatti di varia natura che si instaurano all'interno del procedimento senza per ciò riversarsi in atti formali, i quali sfuggono pressoché integralmente all'attuale disciplina del procedimento amministrativo ma che ben possono essere occasione di scorrettezze nel rapporto col privato⁷⁵. In relazione ad essi pertanto la buona fede può svolgere un ruolo essenziale come fondamento della responsabilità dell'amministrazione.

Nell'accezione di divieto di *venire contra factum proprium*, la buona fede nel procedimento comporta la tutela dell'affidamento del privato nella conclusione positiva del procedimento, sorto in ragione di un frammento della condotta dell'amministrazione in seno al procedimento medesimo. Questa istanza di tu-

72 Come rileva L. NIVARRA, "Dentro" e "fuori", cit., 83 s., sviluppando una tesi di Larenz, esiste "uno stretto rapporto tra il contesto nel quale la clausola generale è destinata ad operare e il modo di atteggiarsi delle fonti della sua concretizzazione".

73 Sul fatto che alcune regole procedurali (ad es. il soccorso istruttorio previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990) possono essere considerate espressioni o implicazioni della buona fede v. F. Manganaro, op. cit., 147 ss. Per riferimenti L. Lorenzoni, op. cit., 206 s.

74 Ciò non perché la buona fede non possa essere addotta a spiegazione della ratio politica di queste disposizioni, quanto perché l'operatività e il contenuto della buona fede devono essere ricostruiti ancora una volta secondo la logica propria della clausola generale, cioè al di fuori del diritto espressamente posto: di violazione della buona fede non ha senso parlare, allora, quando la condotta dell'amministrazione si pone in violazione di una norma scritta che regola il procedimento.

75 Al riguardo v. gli spunti di M. PROTTO, *L'amministrazione informale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Roberto Marrama*, II, Napoli, 2012, 858 ss., il quale contesta l'idea diffusa secondo cui i contatti informali tra amministrazione e privati all'interno del procedimento non avrebbero forza vincolante rilevando che in realtà essi ripetono la normatività del procedimento medesimo, che a sua volta deriva dal principio di buona fede.

tela deve essere bilanciata con la facoltà, che va ordinariamente riconosciuta all'amministrazione di rivalutare e rivedere, man mano che avanza l'istruttoria, progetti decisionali originari o specifici punti di vista già espressi in seno al procedimento. Con questa cautela, la violazione della buona fede è comunque prospettabile se, ad esempio, l'amministrazione nel corso del procedimento fa apparire al privato di aver assunto ormai definitivamente un certo orientamento rispetto alla decisione, quando invece lo sviluppo del procedimento dimostri che si riservava di rivedere le precedenti posizioni, solo provvisoriamente assunte.

Il tipo di pregiudizio economico che può derivare dalla condotta procedimentale dell'amministrazione contraria a buona fede, configurando il danno risarcibile, è strutturalmente omogeneo a quello che si riscontra nella responsabilità precontrattuale nei rapporti tra privati: consiste cioè nel valore delle occasioni perdute per effetto della scorrettezza della controparte e nei costi eventualmente sostenuti in vista della ragionevole conclusione del procedimento (il c.d. interesse negativo)⁷⁶.

Due differenze meritano di essere segnalate.

Innanzitutto, nel primo caso considerato (buona fede come correttezza generica) l'affidamento è per così dire costante lungo l'intero sviluppo del procedimento, in quanto si fonda su una regola – la buona fede oggettiva, appunto – che presiede all'intero sviluppo dello stesso; mentre nel secondo l'affidamento può sorgere come non sorgere all'interno del procedimento, a seconda che l'amministrazione ponga in essere comportamenti suscettibili di creare l'aspettativa di una conclusione favorevole dello stesso. Inoltre, può avere mi-

⁷⁶ Che la responsabilità precontrattuale consente il risarcimento del solo interesse negativo è pacifico nella giurisprudenza e nella dottrina: in questo senso già R. ALESSI, *La responsabilità*, cit., 1955, 145. In linea di massima l'interesse positivo è più facile da provare e solitamente maggiore nell'importo rispetto all'interesse negativo; tuttavia ciò non è scontato, in quanto, come osserva M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 1028, “il danneggiato potrebbe provare di aver perso un'alternativa più vantaggiosa della trattativa disutile, e così postulare un risarcimento addirittura maggiore rispetto alla *utilitas* del contratto non concluso (o concluso a condizioni peggiori)”.

nore o maggiore consistenza, a seconda che l'aspettativa indotta nel privato sia più o meno elevata: in linea di massima, nelle fasi conclusive del procedimento, tale affidamento si presenta più consolidato.

La seconda differenza riguarda il ruolo del provvedimento nella causazione del danno.

La responsabilità che deriva dalla mera scorrettezza procedimentale risarcisce un pregiudizio arrecato dalla condotta dell'amministrazione precedente all'adozione del provvedimento, che pertanto rimane logicamente estraneo alla fattispecie dell'illecito. Il provvedimento potrà certamente sopravvenire alla condotta procedimentale dannosa (come mancare, se l'azione amministrativa si arresta: ad es. in caso di silenzio), ma la fattispecie dell'illecito sarà a quel punto già completa, dunque indifferente al contenuto del provvedimento (oltre che, naturalmente, alla sua legittimità oppure all'illegittimità).

La responsabilità che deriva dalla lesione dell'affidamento nella favorevole conclusione del procedimento, invece, risarcisce un pregiudizio arrecato dal provvedimento (*rectius*: dall'effetto del provvedimento) che conclude il procedimento disponendo legittimamente un diverso assetto degli interessi. In questo caso è il provvedimento – non la condotta – la causa del danno; e tuttavia il fondamento dell'addebito della responsabilità non è l'illegittimità del provvedimento, ma pur sempre la scorrettezza della condotta complessiva dell'amministrazione: ciò che si rimprovera all'amministrazione non è l'aver adottato un provvedimento che non poteva adottare, in quanto ciò non è, essendo l'atto valido, bensì l'aver tenuto nel procedimento una condotta contraddittoria che ha leso l'affidamento del privato nella conclusione della vicenda in senso a lui favorevole. Per cui, anche se il danno deriva dal provvedimento, ricorre non una ipotesi di responsabilità da provvedimento, bensì da condotta illecita.

6.2. La responsabilità per violazione della buona fede nel rapporto sorto per effetto del provvedimento favorevole

Il rapporto procedimentale non è l'unico tipo di rapporto amministrativo nel quale trova applicazione la buona fede come norma di comportamento. In questa veste la buona fede presiede anche al rapporto che nasce come effetto del provvedimento ampliativo e che l'amministrazione ha facoltà di porre nel nulla tramite l'esercizio dei poteri di secondo grado; e anche in questo caso la sua violazione determina responsabilità civile, non invalidità.

Invero, la posizione del destinatario del provvedimento favorevole, come pure si è visto sinteticamente, riceve tutela innanzitutto dalle regole che limitano l'esercizio dei poteri di ritiro. Esse prevedono l'obbligo per l'amministrazione di attribuire all'interesse del destinatario del provvedimento un peso particolare nel bilanciamento tra gli interessi sottesi alla valutazione discrezionale; e, trascorso il termine di dodici mesi dalla adozione del provvedimento favorevole, il divieto di annullarlo d'ufficio.

La tutela dell'affidamento secondo le regole della legittimità è forte sotto il profilo del rimedio, in quanto comporta l'annullamento dell'atto di ritiro illegittimo e, per questa via, la soddisfazione specifica dell'interesse del destinatario del provvedimento favorevole di primo grado⁷⁷. Ma è al contempo una tute-

⁷⁷ Sul fatto che "l'annullamento dell'atto amministrativo è una misura risarcitoria in forma specifica perché porta al ripristino della situazione precedente all'emanazione dell'atto" E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 38. La concezione dell'annullamento e del relativo effetto ripristinatorio come tipo di responsabilità in forma specifica si poggia su quella che è stata denominata lettura pubblicistica della responsabilità in forma specifica, diffusa presso la giurisprudenza amministrativa (F. LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002, 26 ss.; per la tesi c.d. pubblicistica soprattutto F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 12 ss., A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, 227 ss.). Resta fermo che l'annullamento non è riconducibile alla responsabilità in forma specifica propriamente intesa, ex. art. 2058 c.c., in quanto questa costituisce una forma di responsabilità civile, condizionata al presupposto del danno ingiusto risarcibile (A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, 7 ss., par. 2; ID., *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 994 ss., sulla questione v. ampiamente S. D'ANTONIO, *Teoria e prassi nella tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 204 ss. anche per riferimenti giurisprudenziali). Si può forse rilevare che l'accostamento dell'annullamento del provvedimento amministrativo al risarcimento in forma specifica è accettabile dal punto di vista della funzione dei rimedi, che consiste nell'attuazione diretta del diritto obiettivo (o, secondo altra prospettiva, nella soddisfazione specifica delle situazioni giuridiche lese) ferma restando la differenza quanto alla struttura delle fattispecie, ai relativi presupposti e collocazione dogmatica.

la debole sotto il profilo della fattispecie, perché, salvo che non siano trascorsi i termini di legge per l'adozione dell'annullamento d'ufficio, le regole di legittimità non vietano all'amministrazione di ritirare l'atto favorevole, ma soltanto di prendere in considerazione l'interesse contrario del beneficiario.

La responsabilità civile in questo ambito interviene a tutela diretta dell'interesse materiale del privato rimasto insoddisfatto dalla tutela derivante dai limiti legali al potere di ritiro⁷⁸, poiché in nome della buona fede, qui intesa come divieto di *venire contra factum proprium*, può essere rimproverata alla pubblica amministrazione la contraddittorietà della condotta – consistente nell'aver prima rilasciato e poi ritirato il provvedimento favorevole – lesiva dell'affidamento, malgrado l'atto di ritiro fosse legittimo⁷⁹.

La causa del danno è il provvedimento, nella specie l'atto di ritiro. Tuttavia anche qui a fondamento dell'addebito di responsabilità non vi è l'atto medesimo, che è in sé perfettamente legittimo; né il fatto di aver in un primo tempo adottato l'atto illegittimo, perché quella evenienza nell'ambito del giudizio di responsabilità è del tutto irrilevante, in quanto non causativa di pregiudizio economico. Il rimprovero concerne piuttosto la condotta contraddittoria, questa volta lesiva dell'affidamento nella stabilità del provvedimento favorevole. Per cui, come nelle fattispecie prese in considerazione nel paragrafo preceden-

L'accostamento del risarcimento in forma specifica alla tutela di annullamento comporta che in diritto amministrativo il rapporto tra il risarcimento in forma specifica e quello per equivalente appaia invertito rispetto alle comuni acquisizioni in diritto civile: se nei rapporti tra privati vige il primato del risarcimento per equivalente in quanto il risarcimento in forma specifica può essere disposto su espressa richiesta del danneggiato e solo se il giudice non lo ritenga eccessivamente oneroso per il debitore (art. 2058 c.c.), nei rapporti pubblicistici il primato è del risarcimento in forma specifica, in quanto l'annullamento, misura che ad esso si riporta, assume assoluta centralità nel sistema delle tutele, per note ragioni storiche e sistematiche: cfr., M. MAZZAMUTO, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, 283 ss.; ID., *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela*, in A. GUIDARA, *Specialità delle giurisdizioni e effettività delle tutele*, Torino, 2021, 244 s.; anche per la giurisprudenza, S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 215 ss..

78 Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., 845.

79 Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596; Cons. Stato, ad plen., nn. 19, 20, 21 del 2021.

te, non siamo di fronte a una ipotesi di responsabilità da provvedimento, bensì da condotta illecita⁸⁰.

Quanto al pregiudizio risarcibile, la legittimità dell'atto di ritiro impedisce di individuarlo nella perdita dei guadagni che il beneficiario del provvedimento favorevole avrebbe potuto ottenere qualora lo stesso non fosse stato revocato o annullato, poiché il provvedimento favorevole non spettava ed è legittimo il suo ritiro. Il danno ingiusto subito riguarda anche in questo caso il valore delle occasioni perdute confidando nel provvedimento favorevole e le spese sostenute per avviare l'attività dal medesimo assentita.

Questa forma di responsabilità, teoricamente molto rilevante, presenta in realtà un ambito di operatività piuttosto limitato. Per un verso infatti bisogna considerare che non sempre il destinatario del provvedimento favorevole può considerarsi titolare di un affidamento giuridicamente rilevante in ragione del principio di buona fede. In particolare, il provvedimento non suscita nel destinatario affidamento risarcibile se manifestamente non sussistevano i presupposti per il suo rilascio e dunque era possibile prevederne la rimozione in via amministrativa: in tal caso l'affidamento si dirà colpevole, nei termini anzidetti⁸¹, nel senso che il destinatario del provvedimento ha imprudentemente sostenuto delle spese confidando sulla stabilità del provvedimento⁸². A maggior ragione la responsabilità della pubblica amministrazione non si configura se è stato il destinatario del provvedimento ad indurre l'amministrazione a rilasciare l'atto fa-

80 Appare dunque impropria la giurisprudenza che ravvisa la violazione della buona fede nell'illegittimità degli atti del procedimento concluso col provvedimento favorevole e che hanno reso legittimo l'annullamento d'ufficio: ad es. Cons. Stato, sez. IV, 17 agosto 2017, n. 4027. Premesso che non ha senso dire che la mala fede dell'amministrazione consiste nell'aver adottato atti illegittimi, in quanto l'illegittimità è in sé suscettibile di determinare l'ingiustizia del danno che dovesse derivare dall'atto che ne è affetto, il punto essenziale è che nella fattispecie di cui trattasi il danno non deriva dal provvedimento illegittimo, bensì dalla condotta complessiva dell'amministrazione, consistente nell'aver prima adottato e poi ritirato il provvedimento, sicché l'illegittimità è qualificazione sussistente ma muta rispetto al giudizio di responsabilità, che invece si appunta sulla violazione della buona fede.

81 V. supra, par. 5.

82 Cons. Stato, ad. plen., n. 21/2021.

vorevole illegittimo: nel qual caso la sua malafede (in senso soggettivo) esclude la rilevanza della contraddittorietà dell'azione amministrativa.

Per altro verso, l'area della responsabilità di cui trattasi è delimitata dalla previsione dell'indennizzo dall'art. 21-*quinquies* per la revoca. Tale disposizione configura una ipotesi di c.d. responsabilità da atto lecito che si distingue da quella in discussione in quanto l'indennizzo è corrisposto indipendentemente da ogni valutazione sulla rimproverabilità della condotta all'amministrazione, mentre la responsabilità per violazione dell'affidamento presuppone un rimprovero mosso all'amministrazione, sebbene questo non riguardi la illegittimità del provvedimento. Nondimeno la corresponsione dell'indennizzo compensa economicamente chi ha subito la revoca e dunque riduce, se non azzerà, il danno e, con ciò, lo spazio della responsabilità civile.

Infine – ma questo è scontato in tutto il discorso sin qui svolto – la responsabilità in questione non si configura se il provvedimento di ritiro è illegittimo: nel qual caso, oltre al suo annullamento, l'interessato potrà eventualmente ottenere un risarcimento che nulla a che fare con la violazione della buona fede.

La giurisprudenza, almeno in astratto, e salvo poi stabilire limitazioni molto stringenti, ammette la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento anche nel caso in cui il provvedimento sia stato annullato in sede giurisdizionale a seguito dell'accoglimento del ricorso del terzo⁸³. Tuttavia

83 Cons. Stato, ad. Plen., nn. 19, 20, 21 del 2021, cit., per cui, quando l'annullamento sia pronunciato in sede giurisdizionale, il destinatario dell'atto favorevole di massima non può essere considerato titolare di un affidamento incolpevole in quanto egli, nella veste di controinteressato al ricorso, è reso edotto della pendenza del giudizio e dunque l'annullamento dell'aggiudicazione per effetto dell'accoglimento del ricorso non costituisce per lui una evenienza imprevedibile. Un affidamento tutelabile si può ipotizzare “solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio”.

Cfr. E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria dell'affidamento nel provvedimento amministrativo favorevole annullati*, in *giustamm.it.*, 2022, 17 ss., il quale segnala l'esigenza di differenziare il regime della responsabilità a seconda che la lesione dell'affidamento derivi dall'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione ovvero dall'annullamento giurisdizionale su ricorso del terzo. Nella prima ipotesi le limitazioni poste al risarcimento dall'adunanza plenaria, e in particolare la non colpevolezza dell'affidamento (v. *supra* nel testo), sono ad opinione dell'A. un fuor d'opera, in quanto in tal caso “l'affidamento è protetto espressamente dalla norma che ne impone la presa in esa-

si tratta di ipotesi in cui non sembra che l'amministrazione possa essere chiamata al risarcimento dei danni. Nulla è infatti rimproverabile all'amministrazione a titolo di violazione della buona fede come scorrettezza: in quanto se è vero che il provvedimento favorevole illegittimo suscitava un affidamento, manca tuttavia il comportamento dell'amministrazione che abbia frustrato tale affidamento, poiché la delusione deriva dall'annullamento pronunciato dal giudice, il quale d'altra parte non è certo tenuto a considerare in giudizio l'eventuale affidamento di chicchessia su un atto illegittimo di cui sia stato chiesto l'annullamento. Né all'amministrazione sono addebitabili danni a titolo di responsabilità conseguente a illegittimità, in quanto nella specie l'atto illegittimo (poi annullato dal giudice) era favorevole e nient'affatto pregiudizievole.

7. Natura e regime della responsabilità derivante dalla violazione della buona fede

La giurisprudenza civile, a partire dal 2011⁸⁴, concepisce la responsabilità per violazione della buona fede da parte dell'amministrazione come responsabilità da inadempimento conseguente alla violazione di obblighi di protezione, fondati appunto sulla buona fede⁸⁵. Applica cioè lo schema della c.d. obbligazione senza prestazione, elaborato dalla dottrina civilistica, a partire dalla responsabilità precontrattuale, per attrarre al regime della responsabilità da inadempimento tutti i casi in cui il danno si verifica all'interno di un rapporto (non propriamente obbligatorio, per mancanza della prestazione principale) nel cui seno il danneggiante, in ragione della prescrizione della buona fede o della sua particolare qualità professionale, è tenuto ad un obbligo di protezione nei

me, per cui il suo sacrificio va risarcito senza che sia necessario, a parte le ipotesi dolose, di valutare che l'affidamento sia "incolpevole" (23). Nella seconda ipotesi invece, poiché il giudice nel disporre l'annullamento dell'atto illegittimo non è certo tenuto al rispetto dell'affidamento, è coerente che ai fini del risarcimento si chieda al danneggiato di dimostrare che il suo affidamento sia incolpevole.

⁸⁴ Nelle tre ordinanze gemelle delle Sezioni unite, più volte citate.

⁸⁵ G.D. COMPORI, *op. cit.*, 61 ss.; ID., *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra pubblico e privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 577 ss.

confronti del danneggiato, il quale a sua volta, per quelle stesse ragioni, è legittimato a confidare nel contegno corretto della controparte⁸⁶. Il giudice amministrativo invece è fermo sulla tesi della natura extracontrattuale⁸⁷.

Dal punto di vista dell'evoluzione storica occorre senz'altro riconoscere che proprio lo schema della responsabilità da inadempimento agli obblighi di protezione, ponendo in rilievo il rapporto amministrativo e gli interessi in questo coinvolti, è stata la chiave che ha consentito alla giurisprudenza di enucleare un modello di responsabilità incentrato sulla condotta scorretta dell'amministrazione e indipendente dalla illegittimità del provvedimento e dalla sua spettanza⁸⁸; diverso quindi dal modello della responsabilità per lesione di interessi legittimi configurato dalla sentenza n. 500 del 1999, la quale presuppone l'illegittimità del provvedimento e la compromissione del c.d. interesse al bene della vita finale.

86 Per tutti C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 523 s.

Va quindi precisato che la natura contrattuale della responsabilità è argomentata dalla giurisprudenza sulla base di una ricostruzione del rapporto amministrativo (come obbligazione senza prestazione) alternativa rispetto a quella offerta dalla dottrina che concepisce tale rapporto come una vera e propria obbligazione, all'interno della quale l'amministrazione è tenuta ad una prestazione principale, identificata nell'adozione del provvedimento valido, cui possono eventualmente fare da corona obblighi di protezione derivanti dalla buona fede (cfr. 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, 175, laddove l'interesse legittimo è costruito come diritto di credito avente ad oggetto una prestazione, ossia l'adozione dell'atto legittimo, partendo dall'idea che, se si vuol costruire l'interesse legittimo come posizione attiva è necessario correlarlo all'obbligo della pubblica amministrazione, non già al potere).

Questa tesi, ad opinione di chi scrive, sarebbe l'unica atta a sostenere in modo convincente la natura contrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione (in questa prospettiva muove lo studio di M. C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, 190 ss.). E tuttavia, sebbene alcune critiche ad essa comunemente rivolte appaiano superficiali e poco convincenti, la stessa in fin dei conti appare di difficile accoglimento, in quanto vorrebbe leggere con le lenti dell'(in)adempimento un fenomeno che in realtà riguarda primariamente l'(in)validità di atti giuridici precettivi. Per qualche considerazione ulteriore M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 120 ss.

87 Cons. Stato, ad. plen., n. 21/2021; Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2018 non prende espressamente posizione sul tema, ma richiama gli elementi costitutivi del fatto illecito ex art. 2043 c.c., rendendo così palese l'adesione alla soluzione della responsabilità extracontrattuale, come rileva L. LORENZONI, *I principi di diritto comune*, cit., 59.

88 G.D. COMPOTTI, *La strana metafora*, cit., 577 ss.

Di estremo interesse sarebbe verificare il rapporto tra i due modelli e la possibilità della loro coesistenza⁸⁹. Ma qui si vuol più semplicemente mostrare che l'inquadramento della responsabilità per violazione della buona fede nell'alveo della responsabilità contrattuale, per violazione di obblighi di protezione, non sembra necessario e neppure il più convincente.

Si afferma che la responsabilità extracontrattuale sia concettualmente incompatibile con una relazione giuridica, all'interno della quale maturi il danno risarcibile⁹⁰. Tale incompatibilità certamente ricorreva quando la responsabilità extracontrattuale era considerata appannaggio dei diritti soggettivi assoluti o comunque limitata a ipotesi tipiche. In quel contesto ben si spiega il tentativo di attrarre quanto più possibile i rapporti giuridici, all'interno dei quali non si potesse far valere la lesione di un diritto soggettivo assoluto, all'area della responsabilità da inadempimento: per offrire la tutela, e anche per evitare operazioni arbitrarie di creazione di diritti soggetti *ad hoc*, come il diritto alla integrità del patrimonio.

Tuttavia, una volta che la responsabilità extracontrattuale, pur con argomenti non sempre convincenti, è stata liberata dalle strettoie della tipicità, fino all'affermazione che il danno ingiusto è quello inferto ad ogni interesse giuridicamente rilevante⁹¹, non vi è più ragione di ritenere che l'illecito aquiliano sia intrinsecamente estraneo alla logica del rapporto: e diventa invece più naturale considerarlo come rimedio generale a protezione degli interessi che ricevono tutela giuridica, con l'esclusione di quelli che propriamente sono dedotti in obbligazione⁹².

89 Alcuni spunti in A. TRAVI, *Riparto di giurisdizione e concorrenza fra i "modelli" di responsabilità civile nelle relazioni tipiche del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Cinquant'anni dopo l'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata*, Milano, 2021, 191 ss.

90 C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 523 s.

91 Cass. civ., sez. un., n. 500/1999.

92 F. D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 542 s.

L'osservazione nel testo consente di prescindere qui dalle critiche puntuali che a vario livello sono state rivolte nei confronti della categoria dell'obbligazione senza prestazione. In dottrina

Si afferma poi che non è congruo gravare colui che abbia subito un danno all'interno del rapporto degli stessi oneri dimostrativi che incombono su chi ha subito un pregiudizio da parte di un soggetto del tutto estraneo⁹³. Tuttavia, l'applicazione del paradigma contrattuale non arreca vantaggi significativi a colui che subisce il danno dalla condotta scorretta dell'amministrazione.

Il primo vantaggio per il danneggiato dovrebbe essere che nella responsabilità da inadempimento l'azione risarcitoria da inadempimento si prescrive in dieci anni, invece dei cinque previsti per l'azione risarcitoria aquiliana. Tuttavia per la responsabilità dell'amministrazione da violazione della buona fede, e in generale per la responsabilità della p.a., va considerato che il codice del processo amministrativo (art. 30) assoggetta l'azione risarcitoria nell'ambito della giurisdizione di legittimità al termine decadenziale di centoventi giorni (non anche nella giurisdizione esclusiva)⁹⁴. Sotto il profilo del termine per la proposizione dell'azione, dunque, il maggiore o minore favore per il danneggiato non deriva tanto dalla natura della responsabilità quanto dall'assetto del riparto della giurisdizione. E di questo si vedrà meglio in seguito.

Ancora, si rileva che la fattispecie aquiliana richiede la dimostrazione dell'ingiustizia del danno e della colposità della condotta, mentre per la responsabilità da inadempimento è sufficiente l'allegazione del danno in quanto l'ingiustizia è *in re ipsa* nell'inadempimento e, secondo una autorevole concezione, l'elemento soggettivo non è richiesto per la nascita e l'ascrizione della obbligazione risarcitoria (la colpa verrebbe in rilievo solo come criterio di esclu-

vi è chi rifiuta la categoria ritenendo che gli obblighi di protezione, i soli rinvenibili all'interno di questa pretesa obbligazione, non siano altro che manifestazione del generale dovere di *neminem laedere* (con diverse sfumature, M. BARCELLONA, *op. cit.*, 2021, 18 ss.; M. ORLANDI, *Torto e tipo*, in *Jus*, 2020, 447 ss.; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 58 s., che manifesta anche il rischio di un abuso dello schema della responsabilità da inadempimento), e chi la accetta, tuttavia criticando severamente l'attitudine dell'affidamento a qualificare la relazione come rapporto obbligatorio e modellandone diversamente l'ambito di operatività (F. VENOSTA, *"Contatto sociale" e affidamento*, Milano, 2021, 113 ss.; A. ZACCARIA, *Contatto sociale*, in *Dig. Disc. Priv. – sez. civ.*, agg. XI, Torino, 2018, 85 ss.), talora in senso molto restrittivo (A. ZACCARIA, *op. loc. cit.*).

⁹³ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 523 s.

⁹⁴ Sul punto F. SAITTA, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termine di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1197.

sione del limite della responsabilità costituito dalla impossibilità della prestazione, nel senso che l'impossibilità imputabile al debitore, cioè dovuta alla di lui colpa, non paralizza la responsabilità per inadempimento; cfr. art. 1218 c.c.)⁹⁵.

Tuttavia la giurisprudenza amministrativa, proprio per semplificare l'accertamento della colpa di apparato nella responsabilità della pubblica amministrazione, fa ricorso alle presunzioni semplici e, in questo modo, perviene ad esiti non distanti dalla responsabilità oggettiva^{96 97}.

Sotto questo profilo l'illecito extracontrattuale si dimostra un paradigma sufficientemente duttile da consentire operazioni di adattamento in ragione della sostanza degli interessi che volta per volta si intendono tutelare con il risarcimento.

La dimostrazione del requisito dell'ingiustizia del danno da parte della vittima è indubbiamente tratto qualificante dell'illecito extracontrattuale. Anche

95 L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 288 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 672; G. VISINTINI, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impresa*, 2004, 13 s.; C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 526 s.

96 Secondo M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Trattato del diritto privato*, Torino, 2021, 174, “regime della colpa e regime probatorio non dipendono dalla “natura” del titolo in base al quale il responsabile è chiamato a rispondere, bensì al tipo di problema che, tanto sul piano probatorio che sul piano dell'ascrizione della responsabilità, queste fattispecie propongono”.

Non serve peraltro accedere a questa prospettiva per considerare che in realtà il regime di almeno uno dei due tipi di responsabilità, quello aquiliano, è descritto solo per sommi capi dal codice civile, il che rende non censurabili, anzi condivisibili, gli accorgimenti ai quali ricorre la giurisprudenza per calibrare gli oneri delle parti in ragione del tipo di problema che si prospetta, se del caso avvicinando il regime della responsabilità a quello della responsabilità contrattuale. Così ad esempio ha fatto la giurisprudenza amministrativa quando, riaffermando il carattere extracontrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione, ha rilevato come “le condivisibili esigenze di semplificazione probatoria sottese alla ricostruzione criticata [la responsabilità della p.a. come responsabilità da contatto, alla quale si applica il regime della responsabilità da inadempimento], possano essere parimenti soddisfatte restando all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rilevano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela, ma utilizzando, per la verifica dell'elemento soggettivo, le presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c.” (Cons. Stato n. 32/2005. Sul punto, adesivamente, M. BARCELLONA, *op. cit.*, 120 s.). V. anche le considerazioni di M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1024.

97 Di recente Cons. Stato, sez. V, 1 febbraio 2021, n. 912. La responsabilità oggettiva nella materia degli appalti pubblici è sancita dalla giurisprudenza europea: Corte di Giustizia, sez. III, 30.09.2010, C – 314/09 *Graz Stadt*.

a questo riguardo però la differenza con la responsabilità contrattuale (e in particolare il favore che quest'ultima esprime per la posizione del danneggiato) può essere sminuita se si accoglie l'ordine di idee secondo cui, laddove il danneggiante fosse tenuto ad attenersi ad un modello di comportamento sufficientemente predefinito a livello normativo in funzione della tutela della posizione del danneggiato, la violazione del modello comporta senz'altro la lesione degli interessi giuridicamente rilevanti del secondo e dunque il danno ingiusto; al danneggiato basterà allora dimostrare la contrarietà dell'azione del danneggiante al modello di comportamento predefinito, non diversamente da quanto è chiamato a fare il creditore a fronte dell'inadempimento del debitore nell'obbligazione⁹⁸. Questa impostazione appare congeniale alla struttura dell'azione amministrativa procedimentalizzata, la quale in effetti si caratterizza per doversi attenere ad un modello di condotta predefinito in via normativa, comprensivo della regola della buona fede, in funzione essenzialmente protettiva di interessi del privato⁹⁹. Quest'ultimo pertanto non dovrà sostenere soverchi oneri per dimostrare l'ingiustizia del danno potendo a tal fine allegare la contrarietà del comportamento del danneggiante a un canone di comportamento predefinito in funzione di protezione dei suoi interessi.

Conclusivamente l'attrazione della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della buona fede all'area della responsabilità da inadempimento, appare per un verso operazione non necessaria, stante l'ormai matura apertura della responsabilità extracontrattuale alla tutela di situazioni re-

98 Per questa impostazione v. ampiamente M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 226 ss. Se ben s'intende, anche M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1023, ritiene che, quando il torto è condotta difforme da un obbligo positivo, definito da un paradigma di comportamento commissivo, la logica probatoria è analoga a quella dell'inadempimento.

99 Lo scopo perseguito dalle norme che disciplinano l'azione amministrativa è notoriamente oggetto di una complessa discussione nella quale qui non si può entrare: sia consentito il rinvio a M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., 178 ss., 230 ss. Comunque, a tacer d'altro, sembra si possa affermare tranquillamente che il paradigma della validità del provvedimento amministrativo è (o dovrebbe essere) utilizzato in funzione della tutela di interessi privati da parte del giudice chiamato a valutare la fondatezza della domanda del ricorrente: per tutti G. CORSO, *Validità*, cit., 95 s.

lazionali, e, per altro verso, non conferisce al danneggiato quella posizione di favore che si vorrebbe; anzi, vi consegue l'applicazione di norme svantaggiose per il danneggiato come quella che limita il risarcimento ai danni prevedibili.

Del resto, sul piano funzionale la responsabilità derivante dalla violazione della buona fede si avvicina inevitabilmente più all'illecito aquiliano che a quello da inadempimento in quanto, ponendosi a presidio del pericolo di perdere possibilità alternative in ragione dell'altrui scorrettezza, esibisce la funzione conservativa della ricchezza che è propria della responsabilità aquiliana, non quella, propria della responsabilità da inadempimento, di attribuire l'equivalente monetario di una prestazione dovuta e mancante, tanto che il risarcimento non riguarda il c.d. interesse positivo, cioè il valore della prestazione contrattuale inadempita, bensì il c.d. interesse negativo¹⁰⁰.

8. Riparto di giurisdizione e situazioni giuridiche soggettive

Il riparto di giurisdizione sulle controversie attinenti alla responsabilità dell'amministrazione per violazione della buona fede conosce fibrillazioni non minori di quelle viste a proposito della natura della responsabilità e senza dubbio di maggior impatto pratico perché foriere di incertezze relativamente non soltanto all'individuazione del giudice ma anche al regime sostanziale della responsabilità poiché solo davanti al giudice amministrativo, quantomeno in sede

100 M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1014-1016, *passim*.

In generale v. M. BARCELLONA, *op. cit.*, 29 s.: la responsabilità contrattuale "si situa dentro un circuito acquisitivo (quello del contratto che è preposto a trasferire ricchezza da un patrimonio all'altro), all'interno del quale è chiamata in primis a surrogare il risultato incrementativo del patrimonio del creditore che l'inadempimento del debitore ha fatto mancare", mentre la responsabilità extracontrattuale "svolge una funzione conservativa, la quale suppone che sia stata distrutta una risorsa, o la possibilità di acquisirla, che si trovava già nel patrimonio di un soggetto".

Questo aspetto, peraltro, è condiviso dalla dottrina favorevole alla natura contrattuale: C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 867 s., dove si precisa che gli obblighi di protezione caratteristici della obbligazione senza prestazione danno sì luogo ad una responsabilità c.d. contrattuale, in quanto derivante dalla violazione di un obbligo, ma il danno risarcibile ha la medesima configurazione del danno da fatto illecito, in quanto non è cagionato in non facendo come nell'inadempimento, ma è frutto di una condotta attiva che lede la sfera del creditore (*culpa in faciendo*).

di legittimità, trovano applicazione le regole speciali contenute nell'art. 30 c.p.a..

La posizione del giudice amministrativo è da tempo nel senso che ricadono nella sua giurisdizione le controversie sulla responsabilità per violazione della buona fede nell'ambito delle procedure di scelta del contraente. Questa posizione fu espressa innanzitutto dall'adunanza plenaria nel 2005 con riguardo alla responsabilità derivante dalla legittima rimozione in via amministrativa dell'aggiudicazione. In quell'occasione il Consiglio di Stato non sembrò affatto escludere che la responsabilità, derivante dalla violazione della buona fede, inerisse ad un diritto soggettivo, ma conclude che la giurisdizione spetta comunque al giudice amministrativo in quanto l'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205 rimette alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non solo tutte le questioni di interesse legittimo relative agli atti della fase pubblicistica finalizzata alla conclusione del contratto e prima di tale momento, ma anche «*la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato da tali effetti vantaggiosi ormai venuti meno*», nel presupposto che l'amministrazione pur tenuta per legge ad adottare moduli di contrattazione impersonale di stampo pubblicistico è nondimeno soggetta anche alle «*norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune*»¹⁰¹.

L'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), del codice del processo amministrativo ha confermato la giurisdizione esclusiva sulla materia e questo ha consentito all'adunanza plenaria nel 2018 di dare per scontato la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative alla lesione dell'affidamento nell'ambito delle trattative, nonostante, per testuale espressione del Consiglio di Stato, la violazione delle norme generali dell'ordinamento civile che impongono all'amministrazione di agire con lealtà e correttezza faccia nascere «una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei

101 Cons. Stato, ad. plen., n. 6/2005.

rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza”¹⁰².

Con tre importanti pronunce del 2021 la adunanza plenaria ha generalizzato le proprie conclusioni: sussiste la giurisdizione amministrativa sulle controversie relative alla responsabilità per lesione dell'affidamento anche al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva.

Per argomentare questa conclusione, che si pone in dichiarato contrasto con l'orientamento delle sezioni unite della Cassazione, l'adunanza plenaria sostiene che l'affidamento “non è una posizione giuridica soggettiva autonoma distinta dalle due”, né costituisce l'oggetto di un diritto soggettivo ma è piuttosto il “principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche quelli di diritto amministrativo”¹⁰³. Come tale, l'affidamento “può alternativamente riferirsi” al diritto soggettivo come all'interesse legittimo e la giurisdizione amministrativa

102 Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2018. Cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250.

103 Cons. Stato, ad. plen., n. 20/2021: “l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile” ma la giurisprudenza amministrativa oggi lo considera un «*principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività*» (Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011). Di ciò - prosegue AP 20/21 - si ricava conferma dall'art. 1, comma 2-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120: tale disposizione “ha positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.) e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo – forma tipica di esercizio della funzione amministrativa – non è più contraddistinto dall'assoluta unilateralità del potere, ma è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo”.

Precisa ancora il Consiglio di Stato che il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede “si rivolge sia all'amministrazione sia ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento, qualificando in termini giuridici una relazione che è e resta pubblicistica, sia pure nell'ottica di un diritto pubblico in cui l'autoritatività dell'agire amministrativo dà vita e si inserisce nel corso di un rapporto in cui doveri comportamentali e obblighi di protezione sono posti a carico di tutte le parti. E non sembra, in tale contesto, che i *principi* che regolano il rapporto siano espressione di autonome situazioni soggettive autonome, se non avulse, dalla posizione delle parti; si deve piuttosto ritenere che si tratti di doveri imposti alle parti, e *in primis* all'amministrazione, a salvaguardia delle situazioni soggettive coinvolte, che, in quanto afferenti a quel rapporto, non mutano la loro natura e la loro consistenza” (par. 10).

va affermata “quando l'affidamento abbia a oggetto la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e *a fortiori* quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva”, poiché in tal caso la “fiducia” lesa “si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale – a un “mero comportamento” – ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo”¹⁰⁴. E ciò – prosegue il Consiglio di Stato – “sia che si verta dell'interesse del soggetto leso dal provvedimento amministrativo, e come tale titolato a domandare il risarcimento del danno alternativamente o (come più spesso accade) cumulativamente all'annullamento del provvedimento lesivo, sia che si abbia riguardo all'interesse del soggetto invece beneficiario dal medesimo provvedimento. Anche quest'ultimo, infatti, vanta nei confronti dell'amministrazione un legittimo interesse alla sua conservazione, non solo rispetto all'azione giurisdizionale del ricorrente, ma anche rispetto al potere di autotutela dell'amministrazione stessa”¹⁰⁵.

La posizione della Corte di Cassazione è diversa.

Nel 2011 le Sezioni Unite hanno ritenuto che spetta al giudice ordinario la cognizione sulla controversia nella quale il ricorrente lamenta la lesione dell'affidamento a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione su ricorso del terzo. Si muove dal presupposto che la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie risarcitorie sia limitata alla cognizione dei danni derivanti da provvedimenti illegittimi. Su questa premessa, la Cassazione osserva che la giu-

104 Cons. Stato, ad. plen., n. 20/2021. Più esattamente, “anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura. Tale operato è riferibile dunque all'amministrazione che “agisce in veste di autorità” e si iscrive pertanto nella dinamica potere autoritativo – interesse legittimo, il cui giudice naturale è per Costituzione il giudice amministrativo (art. 103, comma 1)”.

105 Cons. Stato, ad. plen., par. 8.

risdizione sulla controversia non spetta al giudice amministrativo in quanto la ricorrente non chiede danni connessi alla illegittimità del provvedimento (che è favorevole) ma addebita all'amministrazione la colpa di "averla orientata verso una determinata condotta che, poi, aveva dovuto interrompere". La giurisdizione spetta al g.o. perché in contestazione non è l'esercizio del potere amministrativo, ma la lesione del diritto soggettivo all'integrità del patrimonio¹⁰⁶.

Malgrado qualche pronuncia in senso diverso¹⁰⁷, le sezioni unite nel 2020 hanno confermato la regola di riparto individuata nel 2011¹⁰⁸ aggiungendo che la giurisdizione del giudice ordinario si estende al caso in cui il ricorrente lamenti un danno da lesione di affidamento senza che sia emanato alcun atto amministrativo e il privato abbia riposto il suo affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione¹⁰⁹. Rispetto al 2011 la Cassazione precisa che la situazione giuridica lesa non è il diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio¹¹⁰ bensì l'affidamento in sé quale oggetto di un diritto (più esattamente, si tratterebbe dell'aspettativa "di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondato sulla buona fede") e che la giurisdizione ordinaria nelle controversie relative alla responsa-

106 Cass. civ., sez. un., ord. n. 6596/2011. Il principio non riguarda peraltro solo la responsabilità dell'amministrazione nell'ambito delle trattative, ma tutte le ipotesi in cui l'attore lamenti un danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento (da parte dell'amministrazione o del giudice) di un atto amministrativo ampliativo (cfr. le coeve ordinanze 6594/2011 e 6595/2011). Nello stesso senso Cass., Sez. un., nn. 17586 del 2015; 12799, 15640, 19171 del 2017; 1654, 4996, 22435, 32365 del 2018; 4889, 6885, 12635 del 2019. Sulle tre ordinanze gemelle del 2011 da ultimo M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, Torino, 2022, 76 e ss.

107 Ordinanza 8057 del 2016 e ordinanza 13454 del 2017.

108 Quindi anche al di fuori delle trattative.

109 Cass. civ., sez. un., 8236/2020.

110 Osserva puntualmente A. ZACCARIA, *Verdammte Zeiten (tempi maledetti)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1151, che, in realtà, la giurisprudenza anteriore all'ordinanza del 2020 non aveva affermato che il risarcimento riguardasse il diritto alla conservazione della integrità patrimoniale. L'integrità patrimoniale era stata in effetti richiamata dalla ordinanza 13194 del 2018, ma osserva Zaccaria "non quale oggetto di un diritto alla conservazione dell'integrità medesima, bensì per giustificare il danno-evento, da riparare in quanto conseguenza della lesione di un affidamento incolpevole inteso come posizione giuridica soggettiva la cui incisione consente di qualificare il pregiudizio conseguentemente subito come ingiusto, e perciò risarcibile ai sensi dell'art. 2043 cod. civ."

bilità per lesione dell'affidamento non è in contrasto con la disciplina della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo recata dal codice del processo amministrativo in quanto il comportamento scorretto dell'amministrazione, lesivo dell'affidamento, non ha “alcun collegamento, nemmeno mediato”, con l'esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione¹¹¹.

La posizione della Cassazione è sicuramente non condivisibile in relazione alle controversie che ricadono nelle materie oggetto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, atteso che tale giurisdizione si estende ai “comportamenti anche mediatamente riconducibili al potere” (art. 7, c.p.a.).

Sulla base di questa formula nelle materie rimesse alla giurisdizione esclusiva restano attratti al vaglio del giudice ordinario solo i meri comportamenti e le attività materiali della pubblica amministrazione.

La condotta dell'amministrazione all'interno del procedimento o nel rapporto sorto come effetto del provvedimento favorevole non può essere considerata un comportamento neppure mediatamente riconducibile al potere, parificabile ad una attività materiale della pubblica amministrazione, perché si iscrive nell'ambito di un procedimento orientato all'esercizio del potere amministrativo e governato da regole di carattere pubblicistico.

Di conseguenza, la cognizione delle controversie sulla responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della buona fede, pur quando si ritenesse che l'illecito trovi causa in un comportamento dell'amministrazione (come sostiene la Cassazione; e non nell'esercizio del potere, come sembra rite-

111 Sulla pronuncia, con particolare riferimento ai profili attinenti al riparto di giurisdizione, V. BONTEMPI, *La lesione dell'affidamento incolpevole radica (sempre) la giurisdizione ordinaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 805 ss.; M. D'ONOFRIO, *La responsabilità da “contatto sociale” della P.A.: i riflessi sul riparto di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2021, 1350 ss; F.G. COCA, *Scossoni*, cit, 23 ss.

La posizione è confermata da Cass. civ., sez. un., n. 615/21, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 791 ss., con ampia nota adesiva di A. NICOLUSSI - F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità “pre-provvedimentale” della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*.

nere l'adunanza plenaria), ricade nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹¹².

La disputa sulla natura della situazione giuridica ammessa al risarcimento – diritto soggettivo o interesse legittimo¹¹³ – conserva rilievo tuttavia per il riparto di giurisdizione in relazione alle controversie che non ricadono in materie oggetto della giurisdizione esclusiva. L'art. 7, comma 4, c.p.a., prevede infatti che nell'ambito della giurisdizione di legittimità il giudice amministrativo cono-

112 La dottrina amministrativistica si è prevalentemente espressa in senso critico rispetto all'orientamento della Cassazione: F. G. SCOCA, *Scossoni*, cit., 23; C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 572 ss.; G. TROPEA - A. GIANNELLI, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o.*, in *www.giustiziainsieme.it*, 15 maggio 2020, § 3; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio; riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento* in *Dir. Proc. Amm.* 2011, 899; A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione* in *Foro Ital.* 2011, I, 2398; ID., *Il giudice amministrativo come risorsa?* in *Questione Giustizia* 2021, 1, 27; F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento* in *Federalismi.it* 2011, 24; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e la nascita di nuove questioni* in *Federalismi.it* 2011, 7, 11; R. VILLATA, *«Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («Dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?* In *Dir. Proc. Amm.* 2013, 1, 349; F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)* in *Dir. Proc. Amm.* 2020, 1103; C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento*, cit., 569; G.P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo* in *Riv. Giur. edil.*, 2016, II, 484. Di contrario avviso, quindi favorevoli alla “scelta” della giurisdizione del giudice ordinario, pur con diversa accentuazione: A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Corr. Giur.* 2011, 940; C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 1749. Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 2 agosto 2012, n. 1751, in *dir. Proc. Amm.*, 2013, 1275 ss., con nota di F. RONCAROLO, *Il contrasto tra le giurisdizioni in materia di responsabilità per lesione dell'affidamento prosegue*.

Ritiene che si faccia questione di un diritto al risarcimento del danno la cui cognizione appartiene al giudice ordinario: M. ANTONIOLI, *op. cit.*, 132 e ss. e 163, per il quale la tutela risarcitoria dell'affidamento ha ad oggetto una condotta costituente espressione, neppure mediata, del potere (153).

E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria*, cit., 20, osserva che “La regola di riparto della giurisdizione tra il giudice amministrativo ed il giudice ordinario fondata sulle situazioni giuridiche soggettive non è certo di sicura applicazione specie in un caso come questo nel quale si può sostenere, con buoni argomenti, sia l'una che l'altra soluzione”. L'A. ritiene auspicabile che le controversie attinenti al risarcimento del danno per lesione dell'affidamento arrecato dal provvedimento favorevole annullato siano rimesse definitivamente alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto il livello di tutela che questo giudice assicura è maggiore. Ed infatti: “La natura e la durata del termine per proporre l'azione innanzi al giudice amministrativo, la struttura del processo amministrativo, la posizione istituzionale sulla (relativa) indipendenza del Consiglio di Stato che si riflette sulla terzietà ed imparzialità del giudice, da una parte, il termine prescrizione di cinque anni per promuovere il giudizio innanzi al giudice ordinario, la struttura (aperta) del processo civile più adatto ad un esame dell'*an* e del *quantum* del risarcimento, la indipendenza del giudice ordinario tutelata direttamente con norme costituzionali che l'assicurano in maniera

sce delle “controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni”; la disposizione non menziona i comportamenti anche solo mediatamente riconducibili al potere: dei quali, si deve desumere, il giudice amministrativo conosce solo nell’ambito delle materie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva.

La natura della situazione giuridica soggettiva rileva inoltre ai fini del regime dell’azione risarcitoria in quanto, se è vero che il processo amministrativo è ormai improntato ad un modello fondamentalmente unitario¹¹⁴, rimane fermo che nelle materie di giurisdizione esclusiva le questioni (anche risarcitorie) attinenti a diritti soggettivi sono proponibili nel termine di prescrizione, mentre quelle attinenti a interessi legittimi soggiacciono al termine decadenziale di centoventi giorni previsto dall’art. 30 c.p.a.¹¹⁵.

più piena nei confronti del potere esecutivo, dall’altra parte, rendono palese che il cittadino riceve una tutela più effettiva ed efficiente se dell’azione di risarcimento dei danni per lesione dell’affidamento in un provvedimento amministrativo favorevole annullato ne conosce il giudice ordinario anziché il giudice amministrativo”.

113 Come si è visto, la Cassazione è ferma nel ritenere che si tratti di un diritto soggettivo. Anche il Consiglio di Stato con l’adunanza plenaria n. 5/2018 si è pronunciato in questo senso, per poi invece argomentare la tesi dell’interesse legittimo nelle sentenze dell’Adunanza plenaria del 2021. Come osserva F.G. SCOCA, *Scossoni*, cit., 24 s., prima del 2021 “i due organi giudiziari di vertice sono (anzi erano) d’accordo sulla lesione di un diritto soggettivo, ma non su quale diritto venga leso”, poiché il giudice amministrativo faceva questione di “diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali” mentre la Cassazione richiamava prima il “diritto alla conservazione dell’integrità del patrimonio” e ora l’aspettativa alla coerenza dell’azione amministrativa. Secondo Scoca ciò “è significativo, tanto più che si tratta in entrambi i casi di “diritti” a contenuto generico e vago, dalla incerta configurabilità; “diritti” che, ove si emargini il carattere soggettivo (che appare innaturale), sono (molto simili a) principi generali, canoni di diritto oggettivo”.

114 Cfr. F.G. SCOCA, *Scossoni*, cit., 36 ss.

115 Rileva E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria*, cit., 10 s., che “La qualificazione come interesse legittimo, anche nelle materie in cui vi è la giurisdizione esclusiva, comporta che non può predicarsi la tutela propria dei diritti soggettivi per la natura e la durata del termine per proporre ricorso. Affermare la giurisdizione amministrativa significa, anche per le materie di giurisdizione esclusiva, che la domanda per il risarcimento dei danni da affidamento va “proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo” (art. 30, comma 3, c.p.a.) ovvero entro “centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza” (art. 30, comma 5, c.p.a.)”. Cfr. A. FABRI, *Giurisdizione esclusiva: i modelli processuali*, Torino, 2002, 1 e ss.

Il problema della situazione giuridica soggettiva dovrebbe essere di immediata e sicura soluzione. Se è vero che il fatto illecito costituisce fonte dell'obbligazione (art. 1173 cod. civ.), che la prestazione oggetto di questa obbligazione è il risarcimento danno, e infine che il danneggiante all'interno dell'obbligazione assume la posizione del debitore e il danneggiato quella del creditore, la situazione azionata da quest'ultimo non può che essere un diritto soggettivo relativo¹¹⁶.

La giurisprudenza della Corte costituzionale dalla sentenza n. 204 del 2004 tuttavia impone di guardare al risarcimento non come ad un diritto autonomo che nasce dal fatto illecito, bensì come strumento di tutela dell'interesse legittimo o comunque della situazione che subisce pregiudizio dall'attività amministrativa¹¹⁷.

Il che complica le cose in quanto costringe a verificare se la situazione giuridica violata dal comportamento scorretto della pubblica amministrazione sia diritto soggettivo oppure interesse legittimo.

La domanda non ammette risposte univoche perché troppo numerosi e consistenti sono i presupposti concettuali che sorreggono le due risposte.

Se a questa figura si riportano tutti gli interessi privati giuridicamente protetti nei riguardi del potere amministrativo all'interno del procedimento, congiuntamente alle relative modalità di protezione, che non si esauriscono nel-

116 R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 67 ss., 396 s..

117 Critico nei confronti della Corte costituzionale R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stati e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 905. Chi scrive aderisce alla critica: non vi è contraddizione nel ritenere che il risarcimento del danno sia strumento di tutela dell'interesse legittimo e contestualmente riconoscere che esso è oggetto di un diritto soggettivo. Di diversa opinione G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 603 ss., 623 per il quale il risarcimento dei danni provocato dal provvedimento illegittimo è una "ulteriore tutela dell'interesse legittimo e non viene in rilievo dunque come violazione di una norma primaria, che dà luogo ad un diritto soggettivo autonomo". In questo senso anche P. CARPENTIERI, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 868 s., per il quale il diritto soggettivo di credito alla riparazione pecuniaria non è altro che il diritto di azione, cioè il diritto ad ottenere una condanna, e che la posizione soggettiva sostanziale lesa e risarcita sia quella originaria (sia essa di diritto soggettivo o di interesse legittimo).

la legittimità amministrativa¹¹⁸, allora è sicuramente congruente ritenere che la situazione giuridica del privato che subisce lesione dal comportamento dell'amministrazione contrario alla buona fede sia appunto l'interesse legittimo¹¹⁹.

Viceversa, se si individua la componente materiale dell'interesse legittimo nell'interesse a ottenere o conservare il bene della vita, protetto nei limiti della legittimità dell'azione amministrativa¹²⁰, allora sembra difficile che a venire in rilievo nella fattispecie della responsabilità in esame sia l'interesse legittimo medesimo in quanto la violazione non riguarda norme sulla legittimità e il sacrificio non necessariamente interessa il c.d. bene finale.

118 F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., 407 ss., 444 ss., *passim*.

119 F.G. SCOCA, *Scossoni*, cit., 25 s., secondo cui l'aspettativa tutelata a che l'azione amministrativa si impronti ai principi di buona fede e correttezza "coincide, o si armonizza (o non contrasta), con la nozione teorica di interesse legittimo, o, meglio, con una delle sue manifestazioni o modi di essere"; C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento*, cit., 572 ss. Così anche S. PELLIZZARI, *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata*, Napoli, 2017, 231 ss., seguendo F.G. Scoca.

120 L'individuazione dell'oggetto dell'interesse legittimo nel bene c.d. finale e della sua forma di protezione nella legittimità dell'azione amministrativa sono elementi diffusi, ricorrenti in concezioni della figura anche molto distanti tra loro: G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, 122; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 99; R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 357; E. FOLLIERI, *Risarcimento*, cit., 88 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., 284 ss. Anche la costruzione dell'interesse legittimo come diritto di credito, nei più recenti affinamenti, sembra individuare l'interesse al bene della vita come referente materiale della situazione e la norma quale fondamento giuridico della protezione dell'interesse: per tutti, L. FERRARA, *Le ragioni del mantenimento della distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 733 ss. Non dissimilmente sul punto anche 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)*, Torino, 2020, 443 ss.

NINO PAOLANTONIO

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

nino.paolantonio@studioclarizia.com

BUONA FEDE E AFFIDAMENTO DELLE PARTI

GOOD FAITH AND TRUST OF THE PARTIES

SINTESI

L'affidamento incolpevole di chi ripone fiducia nel pubblico potere è un diritto soggettivo. Nel lavoro si critica la giurisprudenza del Consiglio di Stato che non solo qualifica l'affidamento come interesse legittimo ma esclude che esso sia incolpevole tutte le volte che il provvedimento in cui si ripone fiducia sia "manifestamente illegittimo" o quando il provvedimento favorevole sia impugnato da un terzo. Il lavoro prende in esame il tema dell'affidamento della pubblica amministrazione proponendo di abbandonare la teoria della immedesimazione organica per valorizzare gli stati emotivi dei funzionari pubblici, tra cui la fiducia, quali condizioni necessarie per una ridefinizione della organizzazione e della azione dei pubblici poteri.

ABSTRACT

The good faith of those who place their trust in public power is a subjective right. The study criticizes the jurisprudence of the Council of State which not only qualifies the assignment as a "legitimate interest" but excludes it whenever the provision in which trust is placed is "manifestly illegitimate" or when the favorable provision is challenged by someone. The study also examines the issue of public administration entrustment proposing to abandon the theory of organic identification to enhance the emotional states of public officials, including trust, as necessary conditions for a redefinition of the organization and action of public powers.

PAROLE CHIAVE: responsabilità, buona fede, rapporto, affidamento

KEYWORDS: liability, fairness, relationship, legitimate expectation

Indice: 1. – Premessa. 2. – Le situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel tema. Irrelevanza. L'affidamento del privato è un diritto soggettivo. 3. – Contraddizioni e complicazioni della giurisprudenza. 4. – L'affidamento che non c'è. Ulteriori contraddizioni dell'Adunanza plenaria. 5. – L'affidamento della pubblica amministrazione. La centralità della persona del funzionario e la rilevanza giuridica delle emozioni.

1. Premessa. Il titolo di questo studio si riferisce all'"affidamento delle parti"

Il riferimento è alle parti del rapporto che corre tra soggetto privato – o pubblico, nella varietà dei casi in cui ciò possa verificarsi; ad esempio, nei procedimenti cc.dd. pluristrutturati – ed amministrazione.

Si tratta di un rapporto giuridico (che deve essere) presieduto da condotte reciproche ispirate “ai principi della collaborazione e della buona fede”, secondo l'enfatico proclama dell'art. 1, comma 2 bis, della l. n. 241 del 1990.

L'affidamento di cui tratterò, dal lato della parte pubblica, è quello che concerne la titolarità del titolare del potere: possono essere tralasciate le vicende dei rapporti contrattuali, coinvolgano essi una parte pubblica ed una parte privata, da un canto, o due o più parti pubbliche, dall'altro. In questi rapporti non viene infatti in giuoco esercizio alcuno di potere ma esclusivamente diritti ed obblighi reciproci, soggetti alla disciplina del codice civile.

Ad ulteriore premessa, osservo che il principio del legittimo o incolpevole affidamento, se riferito alla sola parte privata, non ha ragion d'essere; non solo per la reciprocità degli stati soggettivi in rilievo di cui il diritto privato ci dà conto, ma anche perché la mala fede non riconoscibile non può essere presupposto per l'insorgenza dell'affidamento, secondo una struttura chiastica.

Voglio dire che, se il privato ispira la propria condotta a mala fede riconoscibile, delle due l'una: o v'è reazione del potere nei limiti del principio di legalità oppure è in mala fede anche l'amministrazione, e allora di affidamento non v'è luogo a parlare. In questo senso, credo che la matrice della buona fede

(*) Questo scritto è dedicato alla memoria di Mahsa Amini e di tutte le donne e uomini vittime della dittatura iraniana.

e dell'affidamento sia la stessa e il controcanto alla prima da parte del secondo non deve dissonare, non deve cambiare tonalità: altrimenti stona.

Non sembrano queste premesse un tentativo elusivo di percorrere l'ambulacro che conduce al rapporto tra autotutela decisoria e affidamento; escluderei che, dinanzi al potere di secondo grado, l'affidamento configuri – come è stato suggerito – una situazione soggettiva altra rispetto a quella nascente dal provvedimento illegittimo poi sottoposto ad autoannullamento. Questo accade quando si dice – secondo un argomentare che riscuote un considerevole consenso – che l'affidamento concorre a consolidare un valore obbiettivo quale la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici ⁽¹⁾, come da tempo afferma anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ⁽²⁾ dal che discenderebbe che l'affidamento non sarebbe una situazione giuridica soggettiva autonoma, che sorgerebbe dalla pretesa alla corretta considerazione dell'interesse del privato all'interno del procedimento di autotutela, ma un principio generale dell'azione amministrativa, che fa sorgere nel destinatario del provvedimento favorevole l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale atto ⁽³⁾.

1 Tra gli studi monografici di diritto amministrativo si vedano F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

2 Una accurata, aggiornata e ragionata rassegna di giurisprudenza europea in M.P. NASTRI, *Spunti di riflessione in tema di tutela del legittimo affidamento del contribuente. Profili nazionali ed europei*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2022, p. 1054.

3 C. NAPOLITANO, *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, p. 3. Dal che si desume che la situazione giuridica soggettiva sarebbe un'aspettativa, probabilmente qualificata, e quindi, a mio avviso, un diritto soggetto, comunque se ne voglia intendere la genesi: se da fatto illecito o da inadempimento contrattuale, quest'ultimo conseguenza della violazione di una regola di condotta nel paradigma della teoria della responsabilità da contatto sociale, fatta propria dalla recente giurisprudenza della Corte di cassazione a sezioni unite. Sul tema mi paiono convincenti le considerazioni di M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 143, critico nei confronti della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 7 del 2021 che, qualificando la natura della responsabilità in cui l'amministrazione può incorrere nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche, la ha ricondotta alla extracontrattuale: “[...] la circostanza che l'amministrazione sia titolare di un potere autoritativo non esclude sul piano logico, né su quello del diritto positivo, la configurabilità di uno o più obblighi di comportamento in seno al procedimento, rispetto al quale ipotizzare l'eventuale inadempimento, causa di responsabilità “contrattuale”. La dottrina che concepisce il rapporto amministrativo come rapporto obbligatorio, del

Tuttavia, mi pare che il problema risieda proprio nel fatto che il cittadino non ha interesse a pretendere che nel procedimento di secondo grado l'autorità consideri adeguatamente la sua posizione: questo è un obbligo strumentale che diamo per scontato, che la legge prevede e che la teoria generale insegna da decenni.

Il privato ha viceversa interesse a mantenere il bene della vita che l'amministrazione gli sottrarrebbe con l'autotutela: che ciò accada legittimamente non importa certo al privato, del quale occorrerà solo considerare il grado di consapevole percezione, in relazione a standard oggettivi (una perizia tecnica, il contenuto stesso del provvedimento) e soggettivi (il grado di erudizione, le sue capacità cognitive ed intellettive, le circostanze in cui egli abbia delegato la cura dei propri interessi a terzi).

Si pensi alla percezione di un indebito aiuto di Stato: non occorre che l'operatore economico sia giurisperito per comprendere che in questo caso nessun legittimo affidamento può sorgere circa la pretesa di conservare il beneficio, a prescindere dalla configurazione della situazione materiale nel cui ambito il potere originario è stato esercitato.

È un po' come per l'interesse legittimo: non c'è pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, della quale al privato non cale nulla, ma solo aspirazione a conservare o conseguire un vantaggio tangibile. Per questo, *per incidens*, rimango convinto che l'interesse legittimo sia in realtà un'aspettativa qualificata⁽⁴⁾.

2. Le situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel tema. Irrilevanza. L'affidamento del privato è un diritto soggettivo

resto, non nega l'esistenza del potere; più semplicemente, ravvisa nella disciplina del procedimento la fonte di un complesso di diritti del privato, corrispondenti ad altrettanti obblighi di prestazione o di protezione in capo all'amministrazione”.

4 Ritene F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo, ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1095, che l'aspettativa non sia una situazione soggettiva ma “[...] uno stato di fatto, lesivo di situazioni soggettive, ossia di diritti o di interessi legittimi”. Sulla aspettativa qualificata nell'ambito delle situazioni giuridiche soggettive mi permetto rinviare al mio *Esistenza dell'interesse legittimo?* (Rileggendo Franco Ledda), in *Dir. amm.*, 2015, pp. 11 ss.

Purtroppo la giurisprudenza, ordinaria ed amministrativa, ci riporta alla distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo ed agli eterni equivoci nei quali induce la seconda figura.

Recenti decisioni della Plenaria e delle Sezioni unite resuscitano, sotto altre forme, non meno tediose di quelle antiche, il problema delle situazioni soggettive, con particolare riguardo all'affidamento del privato, ma anche dell'amministrazione.

Le sentenze sono quelle pronunciate dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nn. 19, 20 e 21 del 29 novembre 2021 ⁽⁵⁾, e l'ordinanza della Cassazione a sezioni unite del 28 aprile 2020, n. 8236⁶.

Secondo la Plenaria, "nella dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi si colloca anche l'affidamento. Esso non è infatti una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi".

L'affermazione mi trova concorde, anche se andrebbe approfondita alla stregua della teorica delle situazioni meritevoli di tutela, ben descritta nella nota sentenza delle Sezioni unite n. 500 del 1999.

Ad ogni modo, se l'affidamento è inteso in senso oggettivo e viene indicato come un bene della vita meritevole di tutela, di appartenenza indifferentemente pubblica o privata, non mi pare possano sorgere obiezioni. Se si ritiene, ancora, che la nozione di affidamento tutelabile, e quindi incolpevole, sia appli-

5 Sentenze molto commentate: V. DI CAPUA, *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 679; C. VILLANACCI, *Aspettative e affidamenti nella responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione alla luce di una recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Il processo*, 2022, p. 507; M. ALESIO, *Concorso di colpa dell'impresa aggiudicataria e responsabilità precontrattuale della stazione appaltante*, in *Dir. giust.*, 2021, p. 4. V. anche M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 705.

6 Sulla quale v., G. GUGLIELMI, *La responsabilità precontrattuale della p.a.: i nuovi (discutibili) criteri individuati dalla Adunanza plenaria n. 21/2021 per il risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 933; A. NICOLUSSI – F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità "pre-provvedimentale" della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, p. 791; P. PATRITO, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione: cuius commoda et eius incommoda*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1193.

cabile tanto alle condotte dei privati quanto a quelle dell'amministrazione, anche qui non mi pare possibile un disaccordo.

Il problema sorge quando, come fa la Plenaria, si configurano due tipologie di affidamento: una di diritto privato e l'altra di diritto pubblico. Come pure i concetti di buona fede e correttezza vengono declinati in due modi diversi a seconda che siano riferibili a rapporti in cui è parte una pubblica amministrazione (il che non deve mai indurre in errore, come ha ammonito la Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004), da una parte, e a rapporti "civilistici", dall'altra.

La Plenaria afferma che "la giurisdizione amministrativa va ... affermata quando l'affidamento abbia ad oggetto la *stabilità del rapporto amministrativo*, costituito *sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico*, e *a fortiori* quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva".

Ciò perché, si aggiunge, "la "fiducia" su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già ad un *comportamento privato o materiale* – a un "mero comportamento" – ma *al potere pubblico*, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo".

Quindi, nel "rapporto amministrativo" l'affidamento incolpevole del privato nei confronti della pubblica amministrazione ha natura di interesse legittimo: è questo quello che denominerei, ironicamente, affidamento di diritto pubblico.

Queste argomentazioni mi paiono scontare un equivoco, e sotto più di un profilo.

In primo luogo la nozione di "rapporto amministrativo" è ambigua. Secondo il Consiglio di Stato tale sintagma indicherebbe la relazione in cui l'amministrazione esercita potere nei confronti del privato; dal che dovrebbe derivare che in un rapporto al cui interno l'amministrazione non spende potere

– ad esempio nell’ambito dell’esecuzione di un contratto – non solo tale rapporto non sarebbe qualificabile come “amministrativo” ma la stessa nozione di affidamento muterebbe (potrebbe mutare) consistenza, con ricadute pratiche in punto non solo e non tanto di giurisdizione, ma di tecniche efficaci di tutela.

Mi pare che la tesi del Consiglio di Stato si ponga allora in contrasto con la dottrina secondo cui “le clausole generali, e tra esse quella relativa alla buona fede, pur inserita nel codice civile, applicandosi anche ai comportamenti dei soggetti pubblici, non possono essere considerate regole di diritto privato. Anche ove lo fossero [...], non sarebbe comunque concepibile che la disciplina giuridica concernente lo svolgimento dell’attività amministrativa fosse divisa in due corpi diversi, le regole di diritto pubblico e quelle di diritto privato, le prime attinenti agli atti (precettivi), le seconde ai comportamenti, ovvero, in modo ancor meno condivisibile, le prime all’attività di esercizio del potere, le seconde ai comportamenti (ritenuti) estranei all’esercizio del potere”; per questo si ritiene che “[...] la tutela dell’affidamento incolpevole del cittadino nei confronti del comportamento scorretto dell’amministrazione vada riconosciuta al giudice amministrativo; con il che si evita anche di violare patentemente il principio della concentrazione della tutela (di tutte le forme di tutela) presso un solo ordine di giudici” (7).

Sembrerebbe che, secondo questa opinione, ogni condotta scorretta, anche materiale, dell’amministrazione, vada ricondotta alle forme patologiche dello “statuto” dell’amministrazione pubblica, il che neppure l’adunanza plenaria afferma, e a mio avviso a ragione.

Secondo il Consiglio di Stato, dei comportamenti (ipoteticamente scorretti) “non riconducibili al pubblico potere” deve conoscere il giudice ordinario: a conferma della dualità del regime di tutela dell’affidamento del privato nell’ambito del rapporto pubblicistico.

7 F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, ne *Il processo*, pp. 1 ss.

Se viceversa si rifiuta tale dualismo, si deve ritenere che la tutela si atteggi allo stesso modo anche nelle relazioni pubblico – privato nel cui ambito il pubblico apparato non spende potere; ma allora il giudice amministrativo si occuperebbe della tutela risarcitoria per lesione di incolpevole affidamento *anche* laddove la condotta illecita non consegua ad esercizio, anche solo mediato, del potere.

Il che porrebbe seri dubbi circa la tenuta del sistema di riparto come consegnatoci dalla Corte costituzionale ⁽⁸⁾ e probabilmente darebbe luogo alla creazione pretoria di una “materia” riservata al giudice amministrativo solo perché la lesione dell'affidamento conseguirebbe ad una condotta del soggetto pubblico ispirata (in astratto) alla tutela del pubblico interesse: il che è proprio quanto la sentenza n. 204 del 2004 della Consulta ha escluso, allorché ha affermato l'illegittimità, per violazione dell'art. 103, di ogni interpretazione – ed ancor più di ogni disposizione – che voglia riservare alla giurisdizione esclusiva amministrativa questioni ove si controverta dell'interesse pubblico (con la giusta repulsa, in punto di giurisdizione, della figura del “giudice del pubblico interesse”).

Mi pare allora convincente la tesi delle sezioni unite secondo cui la situazione soggettiva tutelata nella specie non si fonda sul diritto all'integrità patrimoniale, ma al diritto a pretendere il ristoro del danno patito non in conseguenza di un esercizio illegittimo del pubblico potere, bensì di una condotta lesiva della fiducia privata nei confronti dell'amministrazione che si è rivelata mal riposta; della lesione di una “[...] aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede”.

È su questa fattispecie complessa che si incentra il discorso della Cassazione: l'aspettativa del privato a che la morfologia del rapporto si mantenga stabile – precipitato della stretta relazione tra affidamento e certezza dei e nei rapporti giuridici – non concerne il provvedimento in quanto tale, e quindi non si

8 Con le arcinote sentenze del 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191.

appunta sulla vicenda – l’annullamento in autotutela – che avrebbe leso la fiducia *nei* o *sul* provvedimento.

Viceversa, le sezioni unite prendono in considerazione l’intera fattispecie complessa, che vede la fiducia nella controparte pubblica nascere, stabilizzarsi e d’un colpo frantumarsi, e che quindi non ha nulla a che spartire con l’esercizio del potere.

Se è corretta la mia personale lettura della sentenza, non condivido l’idea che “[...] il comportamento che può generare l’affidamento non può che situarsi nel procedimento, ossia nella sede in cui viene svolto ed esercitato il potere dell’amministrazione; pertanto, non è condivisibile che tale comportamento non abbia alcun collegamento con l’esercizio del potere: esso attiene, invece, alle concrete modalità in cui il potere amministrativo viene esercitato” ⁽⁹⁾.

Questa notazione, più che muovere critica alla tesi della Cassazione, descrittiva di un affidamento che è espressione di una fattispecie complessa – progrediente –, si incentra nella sola sede procedimentale, dove è pacifico che vi sia spendita di potere.

Tuttavia, a me pare che questa obiezione sia proprio quanto la Cassazione nega, affermando che l’affidamento incolpevole del privato può essere leso non da un procedimento che si conclude con un provvedimento autoritativo, di autotutela o di diniego, o che sconta un ritardo illecito nell’esercizio del potere, ma dalla fattispecie complessa (soddisfazione del bene della vita, consolidamento nel tempo della fiducia, perdita del bene della vita e frantumazione della fiducia) che produce la delusione di quella aspettativa, maturata e rafforzata in ragione del trascorrere del tempo.

Un altro equivoco consiste nel sostenere che, quando la Cassazione parla, con riferimento all’affidamento incolpevole, di “aspettativa”, intenda riferirsi ad una situazione giuridica soggettiva alternativa al diritto soggettivo ed all’interesse legittimo.

⁹ F.G. SCOCA, *Scossoni*, cit., p. 8.

Al contrario, la Corte di cassazione parla di “[...] un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede”: parla cioè di un *diritto soggettivo* alla pretesa di un comportamento che, come ebbe a rilevare Merusi nel suo noto e particolarmente attuale studio, non deve *venire contra factum proprium* ⁽¹⁰⁾.

Si tratta del principio di non contraddizione alla base della condotta secondo buona fede dell'amministrazione, cui nulla tolgono o aggiungono né l'art. 1, comma 2 *bis*, della l. n. 241 del 1990, né le deliziose questioni sul riparto tra le giurisdizioni o sulla distinzione tra diritto ed interesse.

Si è appena parlato di “diritto” poiché il privato è, a mio sommo avviso, titolare di una pretesa alla condotta coerente e non contraddittoria dell'altra parte del rapporto, a prescindere dalla natura, pubblica o privata, di quell'altra parte, e dalla circostanza che il rapporto si iscriva in un fatto di amministrazione o viceversa di regolazione dell'assetto di interessi privati.

3. Contraddizioni e complicazioni della giurisprudenza

Come si vede, la questione del riparto tra le giurisdizioni non ha nulla a che vedere con la natura giuridica dell'affidamento del privato nei confronti dell'amministrazione pubblica.

Nel caso definito dalla Plenaria con la sentenza n. 20 del 2021, la parte privata lamentava di avere ottenuto permessi di costruire annullati non in quanto invalidi di per sé, ma perché rilasciati in conformità ad una variante urbanistica annullata in sede giurisdizionale (la primitiva impugnativa muoveva dal ricorso della vicina contro il dante causa della acquirente del terreno concessionato: quest'ultima lamentava la lesione dell'affidamento incolpevole per avere confidato nella legittimità dei titoli ad essa volturati e originariamente conformi alla illegittima variante).

10 F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, e la ristampa aggiornata con le più recenti conclusioni: *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, Milano, 2001.

In questo caso, sulla giurisdizione non v'è dubbio alcuno poiché la lesione dell'affidamento è conseguenza diretta dell'azione di un terzo che abbia stimolato l'intervento del giudice dell'annullamento (e a presidio della tutela del legittimo affidamento il controinteressato dispone della azione riconvenzionale); la responsabilità dell'apparato pubblico per violazione del legittimo affidamento, in questo caso, sembra rimanga sullo sfondo in quanto invocato per supplire ad un *deficit* di legittimità non necessariamente addebitabile ad un'amministrazione convinta di avere adottato ed approvato una variante urbanistica legittima, e quindi di avere rilasciato, in ossequio ad essa, permessi edilizi egualmente legittimi.

In altre parole, qui la lesione deriva dalla sentenza, non da un provvedimento dell'amministrazione.

Quello che non mi convince è il seguito del ragionamento della Plenaria. Essa afferma che, "a fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono [...] sorgere *aspettative*, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, *la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità*. In altri termini, la mancata osservanza del dovere di correttezza da parte dell'amministrazione in violazione del principio di affidamento può determinare *una lesione della situazione soggettiva del privato che afferisce pur sempre all'esercizio del potere pubblico*, si manifesti esso con un provvedimento tipico o con un comportamento pur sempre tenuto nell'esercizio di quel potere, e la cui natura quindi resta "qualificata" dall'inerenza al pubblico potere".

Ora, l'aspettativa qualificata – non l'aspettativa mera – è una situazione soggettiva riconducibile al diritto soggettivo, e ciò a prescindere che essa sia lesa da un atto invalido o da un fatto illecito.

L'interesse legittimo, invece, dovrebbe essere una situazione soggettiva diversa, quella che appunto si relaziona con il potere, ma che non condivide la sostanza ed il contenuto dell'aspettativa.

La Plenaria sembra invece sovrapporre queste due figure soggettive, mostrando così un evidente *deficit* di coerenza con la premessa secondo cui l'affidamento incolpevole meritevole di tutela non è una situazione soggettiva a sé stante e, soprattutto, non è riconducibile ai soli rapporti di diritto privato. Rilevare questa incoerenza non è trito esercizio retorico poiché la coerenza del ragionamento del Consiglio di Stato condiziona il riparto di giurisdizione.

La conferma arriva subito dopo: "Si tratta, quindi, di aspettative correlate ad interessi legittimi [...] concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo ai sensi dell'art. 7, comma 1, cod. proc. amm. sopra citato, la cui lesione rimane devoluta al giudice amministrativo": ma devoluta alla giurisdizione amministrativa è la tutela risarcitoria della lesione di interessi legittimi, non anche di aspettative ad essi correlate (correlazione dai contorni a dir poco incerti).

Non può correttamente sostenersi allora che l'affidamento "... si proietta", come al cinema, "sulla positiva conclusione del procedimento, e dunque sull'attuazione dell'interesse legittimo di cui il medesimo privato è portatore, ma che diventa in sé tutelabile in via risarcitoria se l'amministrazione con il proprio comportamento abbia suscitato una ragionevole aspettativa sulla conclusione positiva del procedimento": il registro cambia di nuovo, e quindi cambia la qualità del suono.

Insomma, è la lesione dell'interesse legittimo ad essere tutelata, non l'aspettativa al buon esito del procedimento che, peraltro, deve essere dimostrata in giudizio ed appartiene, quindi, al merito della controversia.

In verità, a mio avviso non è il potere o il suo esercizio a creare l'aspettativa, bensì il trascorrere del tempo, che dà corpo e rafforza esponenzialmente la fiducia nella stabilità di una situazione fattuale e giuridica di vantaggio: quali che siano le parti del rapporto e quali che siano le norme regolatrici delle fattispecie.

In altri termini, il rapporto procedimentale non ha nulla a che fare con l'affidamento: ha a che fare con il dovere di buona fede, la cui lesione certamente apre la via alla tutela innanzi al giudice amministrativo, tutela di annullamento e, eventualmente risarcitoria, per violazione di un principio costituzionale oggi codificato anche nella legge generale del 1990: ma sarà il danno ad avere natura e consistenza diverse da quello provocato per lesione dell'aspettativa.

Chi si vede negare illegittimamente un permesso di costruire subisce un danno patrimoniale e non, che può assumere contenuti diversi e variegati rispetto alla lesione dell'affidamento sulla legittimità di un titolo edilizio già ottenuto.

Nel primo caso verrà in giuoco il danno da perdita di *chance*, quello per lucro cessante ove l'immobile costruendo fosse stato destinato ad attività d'impresa o di commercio, certamente quello per danno emergente, quello, eventuale, e se provato, c.d. esistenziale, e/o quello reputazionale, e così via dicendo.

Se allora l'aspettativa incolpevole va qualificata in via autonoma, non potendo assumere connotazioni relazionali (con altre situazioni soggettive) nel diritto pubblico, e consistenza autonoma nel diritto privato, a mio avviso è più convincente la tesi delle sezioni unite, che hanno ricondotto la tutela della lesione dell'affidamento alla responsabilità contrattuale qualificando l'affidamento come una situazione soggettiva a sé stante, che non necessariamente trova cittadinanza nel solo diritto privato, ma che nondimeno presenta una propria specifica identità: “una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia [...] nella fiducia, nella lesione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta” e cioè “un'aspettativa di coerenza e di non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede”.

Sempre sul piano della ricostruzione teorica dell'ipotesi di responsabilità, le sezioni unite si discostano dall'impostazione che pure era stata condivisa da alcuni dei precedenti, che si erano collocati nel solco delle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, e che avevano invece ravvisato l'*in se* della situazione giuridica soggettiva del privato, lesa dalla delusione delle aspettative determinate dal comportamento della pubblica amministrazione, in un pregiudizio della integrità patrimoniale, di cui parleranno esplicitamente anche sentenze successive ⁽¹¹⁾.

Sul punto, la pronuncia mostra di condividere le critiche a questa pretesa situazione giuridica soggettiva, sottolineando che "il patrimonio di un soggetto [...] è l'insieme di tutte le situazioni soggettive, aventi valore economico, che al medesimo fanno capo", con il corollario che "la conservazione dell'integrità del patrimonio [...] altro non è che la conservazione di ciascuno dei diritti, e delle altre situazioni giuridiche soggettive attive, che lo compongono" e che "la nozione di 'diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio' risulta [...] priva di consistenza autonoma, risolvendosi in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive attive che fanno capo ad un soggetto".

Non condivisibile, invece, è l'enfatico richiamo al progressivo orientamento del nostro ordinamento verso un modello di "diritto amministrativo paritario", [...] coerente con i principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione fissati dall'art. 97 Cost., secondo "un'idea ... che postula

11 Vedile citate al par. 19.1 dell'ordinanza n. 8236 del 2020 delle sezioni unite, ove si legge: "[...] i principi espressi nelle tre ordinanze del 2011 risultano ripresi e confermati nelle pronunce nn. 17586/2015, 12799/2017, 15640/2017, 19171/2017, 1654/2018, 4996/2018, 22435/2018, 32365/2018, 4889/2019, 6885/2019 e 12635/2019, nelle quali ricorre l'affermazione che la controversia relativa ai danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su di un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, legittimamente annullato, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario perché ha ad oggetto la lesione non già di un interesse legittimo pretensivo, bensì di un diritto soggettivo; diritto generalmente qualificato come "diritto alla conservazione dell'integrità del patrimonio", leso dalle scelte compiute confidando nella legittimità del provvedimento amministrativo poi caducato (su tale qualificazione si vedano, tra le altre, le sentenze nn. 12799/2017, 1654/2018 e 6885/2019)".

un modello di pubblica amministrazione permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione, consapevole dell'impatto che l'azione amministrativa produce sempre sulla sfera dei cittadini e delle imprese ed orientato al confronto leale e rispettoso della libertà di determinazione negoziale dei privati".

La paritarietà benvenutiana ⁽¹²⁾, è noto, non ha nulla a che fare con ammiccamenti ormai datati circa una presunta "privatizzazione" del rapporto amministrativo, guardando viceversa in modo particolarmente lungimirante alla affermazione di diritti e prerogative che ribaltano la posizione di passiva subalternità del privato verso l'autorità che, in divenire, si fa funzione nel procedimento, senza nulla sottrarre al sostrato liberale e garantista di una sana funzione autoritativa, nei cui confronti il cittadino può difendersi in un processo che dev'essere altrettanto paritario.

4. L'affidamento che non c'è. Ulteriori contraddizioni dell'Adunanza plenaria

Questa eredità è stata ben raccolta dalla Plenaria, secondo cui "la recente positivizzazione dei doveri di correttezza e buona fede non hanno fatto venir meno il carattere unilaterale del provvedimento amministrativo e soprattutto, anche con riferimento ai moduli consensuali, la sua inerenza all'esercizio di un potere correlato alle finalità istituzionali, tipizzate per legge, di cui l'amministrazione è titolare e responsabile", salvo poi prendere un clamoroso abbaglio allorché prospetta la non incolpevolezza dell'affidamento tutte le volte che il provvedimento ampliativo sia stato impugnato dal terzo: ossia da un soggetto che è estraneo al rapporto e che in via del tutto unilaterale ed utilitaristica – giustamente – presenta al giudice le proprie ragioni, che a nessun titolo possono però tradursi in un allarme idoneo di per sé ad interrompere il rapporto di fiducia basato, evidentemente, su altre ragioni, legittimamente non condivise dal ricorrente.

12 F. BENVENUTI, Per i diritti dei cittadini. *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 807 ss.

Riemerge una vistosa contraddizione, che interrompe il virtuoso circuito fiduciario tra funzione istituzionale e sfera privata d'interessi.

Come la giurisprudenza amministrativa ci ha abituati, a fronte di una conclamata illegittimità dell'atto lesivo è l'elemento soggettivo ad ergersi a barriera dell'accertamento della responsabilità.

Così è per il concorso colposo del privato creditore (esasperato ben oltre i limiti codicistici – secondo una quasi secolare giurisprudenza della Cassazione – dalla Plenaria n. 3 del 2011 ed assunto senza mezze misure ad elemento escludente la colpa grave dell'apparato) che non impugni l'atto, ancorché all'azione risarcitoria non è per legge pregiudiziale l'azione di annullamento: e così è per la inspiegabile affermazione che “[...] l'avvenuta impugnazione del provvedimento è comunque un parametro oggettivo (che rende prevedibile l'annullamento e dunque impedisce il formarsi di una vera e propria “delusione” o “sorpresa” del privato beneficiario”.

Assistiamo qui ad una nuova occasione di mescolanza del rapporto sostanziale bilaterale con quello processuale, trilaterale. La dottrina aveva ironicamente elaborato in passato la teoria del “triangolo scaleno” ⁽¹³⁾ per rappresentare la diseguaglianza formale e sostanziale delle parti nel processo amministrativo, a causa della ancor oggi perdurante difficoltà del giudice ad accettare, salvo eccezioni non particolarmente frequenti, un'amministrazione che entri in giudizio quale parte, e non quale “portatrice” di un interesse pubblico che nel processo non ha cittadinanza. Il ricorso giurisdizionale viene considerato come “parametro oggettivo” di qualificazione dell'affidamento, la cui posizione di retroguardia rispetto alla esaltazione inespressa di una colpa dell'amministrazione *de minimis* è sin troppo evidente.

Qui assistiamo addirittura al paradosso che la colpa dell'amministrazione si stemperi sino ad estinguersi nel momento in cui il ricorso del terzo è notifi-

13 F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, pp. 315 ss. ed in *Scritti giuridici*, 2002, pp. 382 ss., spec. 383-387.

cato: “la situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l’annullamento dell’atto per effetto dell’accoglimento del ricorso diviene un’*evenienza non imprevedibile*, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché *deve resistere* all’altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile prima della notifica dell’atto introduttivo del giudizio”.

L’esercizio di un diritto (di azione), quindi, sgretola un altro diritto (alla fiducia in una condotta corretta), senza che alcuno sappia se tale riprovevole vicenda, in un futuro prossimo o remoto, sarà consacrata in una sentenza.

Un evento futuro ed incerto, provocato da chi non è parte del rapporto sostanziale, introdurrebbe così una presunzione di sopravvenuta mala fede da parte di chi, tratto in giudizio quale parte necessaria di una lite che vede “imputata” non la di lui condotta, ma quella dell’amministrazione, continui a confidare nella correttezza della condotta di quest’ultima.

La “evenienza non imprevedibile” – la doppia negazione non stempera l’iperbolica affermazione –, è in realtà una mera possibilità. Una possibilità che non impone affatto di “dover resistere all’altrui ricorso”: in primo luogo perché il titolare del provvedimento sotto attacco non è tenuto a difendersi in giudizio, magari anche solo perché non dispone delle necessarie risorse finanziarie; in secondo luogo perché l’eventualità dell’annullamento non scalfisce necessariamente la fiducia nei confronti di un’amministrazione che, sino alla notifica del ricorso, non ha dato segni di condotta irrazionale o contraddittoria, ed a maggior ragione non ne dà dopo, a meno che non decida di autoannullare essa l’atto impugnato (il che concluderebbe la palese mala fede di essa amministrazione, prima ed a prescindere dall’esito del ricorso giurisdizionale del controinteressato sostanziale).

L’ultima *aberratio* è rappresentata dalla incredibile osservazione della Plenaria che “il grado della colpa dell’amministrazione – e dunque la misura in cui l’operato di questa è rimproverabile – va correlato al profilo della *riconoscibilità*

dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento. Al riguardo va ricordato che nel giudizio di annullamento la colpa dell'amministrazione è elemento costitutivo della responsabilità dell'amministrazione nei confronti del ricorrente che agisce contro il provvedimento a sé sfavorevole, sebbene essa sia presuntivamente correlata all'illegittimità del provvedimento, per cui spetta all'amministrazione dare la prova contraria dell'errore scusabile. Trattasi pertanto di una colpa valutata in senso oggettivo, pur sempre nell'ambito di una fattispecie di responsabilità a base colposa. Sulla base di questa presunzione, per il danno da lesione dell'affidamento da provvedimento favorevole, poi annullato, la manifesta illegittimità del provvedimento favorevole al suo destinatario, che consenta di ritenere che egli ne potesse pertanto essere consapevole è un elemento che incide, per escluderla o attenuarla, la colpa dell'amministrazione".

Si registra un'importante novità: l'adunanza plenaria rispolvera la teoria della *culpa in re ipsa*, ravvisandola nell'accertamento della illegittimità dell'atto a guisa di presunzione semplice. Se ne dovrebbe trarre allora che è superata la giurisprudenza secondo cui il riscontrato illegittimo esercizio della funzione amministrativa non integra di per sé la colpa dell'Amministrazione, dovendo anche accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia conseguenza della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede – alle quali deve essere costantemente ispirato l'esercizio dell'attività amministrativa – e si sia verificata in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l'imperizia degli uffici o degli organi dell'amministrazione (c.d. colpa d'apparato): se ne prende atto, posto che la prova dell'elemento soggettivo secondo il modello germogliato nella sentenza delle sezioni unite n. 500 del 1999, e sin qui invalso, è ai limiti del diabolico.

Il problema evidentemente è l'accertamento, in sede di giudizio di responsabilità per violazione dell'affidamento incolpevole, circa questa nuova fi-

gura di illegittimità, “manifesta”, del provvedimento favorevole (ma manifesta a chi?), sul quale quindi il privato avrebbe, secondo la Plenaria, riposto fiducia in mala fede.

L'illegittimità dovrebbe essere vistosa, particolarmente evidente: quand'è che si presenta un'ipotesi del genere? E quale grado di percepibilità della luminosa epifania è richiesto? Rilevano o no le diversità in termini di istruzione, preparazione tecnica, padronanza delle regole giuridiche, alla cui stregua per qualcuno il provvedimento si appalesa manifestamente illegittimo e per qualcun altro, invece, no?

La soluzione della Plenaria, non diversamente dalla tradizione, dà, ma subito dopo toglie; esalta il principio e la regola scritta del dovere di collaborazione e buona fede, ma fissa nero su bianco nuove franchigie per la responsabilità dell'amministrazione fondate su premesse giuridiche a dir poco non convincenti.

Personalmente, mi basta quanto sin qui evidenziato per preferire la soluzione della Cassazione, che esclude ogni onere di impugnazione; che pone l'affidamento del cittadino al di sopra ed all'esterno del circuito di esercizio del potere, ricco di insidie e trabocchetti; che, aderendo alla teoria della responsabilità da contatto qualificato, configura la responsabilità dell'amministrazione come contrattuale, accollando ad essa l'onere di dimostrare di non avere leso colpevolmente la fiducia dalla sua stessa condotta generata nell'incolpevole soggetto privato, e di farlo entro il termine di prescrizione decennale del diritto di azione di cui lo sfiduciato privato è titolare.

5. L'affidamento della pubblica amministrazione. La centralità della persona del funzionario e la rilevanza giuridica delle emozioni

Sin qui abbiamo trattato dell'affidamento del privato. Non bisogna dimenticare quello dell'amministrazione.

Il riferimento non è solo alle ripercussioni, in termini di efficienza, provenienti da rappresentazioni del privato volontariamente o colpevolmente in-

satte della realtà di fatto e di diritto: dal requisito di partecipazione alla procedura evidenziale, al contenuto della s.c.i.a., ai presupposti per la sovvenzione che non configuri aiuto di Stato, alla natura effettiva dell'attività svolta nell'esercizio di vicinato; e così via dicendo.

In tutti questi casi, il “tradimento” dell'affidamento del pubblico apparato nella collaborazione e nella buona fede della controparte non è in discussione.

Mi riferisco piuttosto ad un tema che, ove indagato può condurre alla revisione di alcuni modelli teorici tralattati e non necessariamente ancora attuali né concettualmente soddisfacenti.

L'affidamento delle parti fa da contraltare al dovere di buona fede nella instaurazione e conduzione del rapporto.

Ora, la buona fede è uno stato emotivo.

È allora corretto parlare di buona fede dell'amministrazione mantenendo il profilo dello stato psichico del funzionario agente relegato nell'irrilevante, nella misura in cui la violazione dei doveri di correttezza e di salvaguardia dell'elemento fiduciario sono imputati all'amministrazione in senso soggettivo?

O meglio; è corretto, ed utile, riferirsi alla sfera psichica del funzionario esclusivamente in termini di volontà, senza considerare, o addirittura scientemente neglignendo ogni stato emotivo che, pur condizionando inevitabilmente la manifestazione di volontà, rimane irrilevante nel fenomeno della produzione ed in quello della c.d. imputazione?

Io penso di no.

Non è stato questo lo spirito del Costituente all'atto di coniare il bellissimo art. 28. E quella "estensione" della responsabilità civile del funzionario anche all'amministrazione non deve essere necessariamente spiegata usando della sbiadita figura della immedesimazione organica.

Da molti decenni si esclude che il fenomeno dell'imputazione di atti alla figura soggettiva costituisca un precipitato della c.d. immedesimazione della

persona fisica titolare dell'organo nell'ente, non foss'altro perché "la relazione organo-atto si svolge sul metro della legittimazione dell'organo all'atto" (14.)

L'immedesimazione organica è oggetto di una narrazione che non ha senso nel quadro del diritto amministrativo moderno, fedele ai fondamentali principi costituzionali in punto di organizzazione ed azione della pubblica amministrazione: il principio di legalità e quello di responsabilità. Entrambi pongono al centro del modello organizzativo la persona del funzionario, ossia la persona fisica.

Il principio di legalità è il fondamento della competenza amministrativa, che a sua volta è il corredo di doveri, oneri e facoltà che gravano sul (e di cui dispone il) funzionario.

Il principio di responsabilità diretta del funzionario pone a fianco della responsabilità della figura soggettiva pubblica quale destinataria dell'imputazione dell'atto o del fatto illecito l'autore o gli autori materiali di questo fatto; questa giustapposizione spiega anche i diversi modelli di responsabilità (civile, amministrativa, dirigenziale, disciplinare) riferibili ora alla figura soggettiva, ora al funzionario, ora ad entrambi.

Sin qui nulla di nuovo: l'atto giuridico come atto di volontà o di scienza è imputato alla persona giuridica non perché la persona fisica sia immedesimata nella prima, ma perché ciò prescrive la legge; l'imputazione è, come tale, un riflesso della sovranità, la cui essenza ed il cui modo di esercitarsi trova a sua volta riscontro nella nostra forma di Stato.

Tutto ciò ricordato, si vede bene che la teoria simoniana del comportamento amministrativo non potrebbe descrivere – soprattutto oggi che si discute di sostituzione della macchina all'uomo nell'assunzione delle decisioni – il fenomeno dell'organizzazione dell'azione prescindendo dalla analisi della rilevanza – se c'è – degli stati emotivi del funzionario o, se si preferisce, del titolare

14 G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 352.

dell'organo: insomma, della persona fisica responsabile e tramite dell'imputazione di uno stato psichico quale la volontà di agire.

Vi è sufficiente concordia nel definire le emozioni come stati affettivi intensi, accompagnati da modificazioni fisiologiche e cambiamenti comportamentali osservabili, alla cui attuazione sono dedicati circuiti neurali specifici. È evidente che gli stati emotivi condizionano le decisioni e gli atti successivi.

Altrettanto incontroverso è che gli stati emotivi agiscono sia da causa del comportamento diretto a uno scopo, sia da processi concomitanti ad esso: le emozioni costituiscono la principale componente motivazionale delle operazioni mentali e del comportamento manifesto ⁽¹⁵⁾.

La fiducia è un'emozione: la fiducia è un modello neurale che combina rappresentazioni della situazione di cui tratta l'emozione, valutazioni della rilevanza della situazione rispetto agli obiettivi, percezioni di cambiamenti fisiologici e rappresentazioni della persona che prova l'emozione.

Se l'amministrazione pubblica deve poter fare affidamento, e quindi avere fiducia, nei confronti di un'altra amministrazione pubblica, o di un privato, nell'ambito di una relazione presieduta dal principio di buona fede, essa non può prescindere dalla sistemazione di questo stato emotivo, a sua volta indissolubile dalla natura umana in quanto dotata di circuiti neurali.

Ne consegue che non può immaginarsi l'affidamento della pubblica amministrazione, e quindi, ad esempio, il confidare nella collaborazione del privato, o di altra amministrazione pubblica nei procedimenti pluristrutturati, senza tenere conto, in questa relazione giuridica, dello stato emotivo – soppesandone

15 Le neuroscienze conoscono un'applicazione sconfinata nel diritto penale. Ma non solo. Il primo studioso – e, che mi consti, l'unico per il momento, facendo ammenda per ignoranze e dimenticanze – del diritto amministrativo ad avere svolto un'indagine neuroscientifica sul mondo del diritto è Eugenio Picozza, di cui si veda *Neuroscienze, scienze della natura e scienze sociali e Problemi di carattere applicativo*, entrambi in E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA e D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011, rispettivamente pp. 1 ss. e 87 ss. V. anche R. Sacco, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.

l'apporto causale – che, quando si parla della persona fisica – e quindi, quasi sempre, del privato –, si dà invece per scontato.

Il problema è che gli stati emotivi non sono imputabili alla figura soggettiva: sia perché non si traducono in atti, e quindi sfuggono al risultato del fenomeno della produzione, sia perché non sono riconducibili all'esercizio di competenze, se non, appunto, indagando nella sfera psichica del funzionario-organo.⁷

Ritengo quindi – ma è solo una proposta, augurandomi di approfondire questo approccio con future riflessioni – che di affidamento della pubblica amministrazione quale manifestazione soggettiva della buona fede e della fiducia della stessa in fatti, situazioni, persone, rapporti, e quindi come elemento cognitivo alla base di processi decisionali da adottarsi nel perseguimento di scopi pubblici tipizzati, non possa neppure parlarsi senza rivedere profondamente la teoria della immedesimazione organica.

Se il fenomeno dell'imputazione può essere spiegato altrimenti, l'obiettivo di questo approccio consentirebbe di liberarsi della teoria posticcia secondo cui, nell'esercizio della funzione, la sfera psichica dell'agente sarebbe irrilevante; perseverare diabolicamente nella spersonalizzazione dell'apparato (ignorando i processi non solo volitivi ma, prima e necessariamente, quelli emozionali) può risultare assai nocivo per sorreggere le tesi di quanti guardano ad un'amministrazione effettivamente paritaria.

Il funzionario è a sua volta un amministrato; la fisiologia del rapporto che si instaura attraverso la funzione amministrativa non può non risentire della storia degli stati emotivi che è custodita nella sua psiche.

Questa insolita chiave di lettura persegue lo scopo di condurre nel recinto della buona amministrazione gli stati emozionali dei funzionari: dalla c.d. paura della firma che, come ogni forma di paura (anch'essa stato emotivo dei più studiati in neuroscienze), annichilisce, deprime ed allontana dal fuoco della concentrazione professionale; all'empatia che, in corso di procedimento, può

(non necessariamente deve) stabilirsi tra il privato ed il Burocrate, responsabilizzando quest'ultimo in ogni manifestazione dell'esercizio del proprio ufficio, dando spazio ad una visione compassionevole (l'aggettivo è scevro da qualsivoglia contaminazione ecumenica) dell'esercizio dell'autorità.

Attraverso la valorizzazione dell'emozione umana, declinata nelle forme dell'*uso controllato* dell'ira, della violenza, della frustrazione, ossia di sentimenti che permeano l'in sé di ciascun essere umano, è possibile abbandonare schemi teorici superati ed improponibili anche al più sprovveduto degli studenti, ed approfondire molti nuovi temi.

Ne menziono solo alcuni: il ruolo decisivo che nel procedimento assume la persona del funzionario incaricato della acquisizione delle prove nel seno dell'attività conoscitiva ⁽¹⁶⁾ quale elemento deterministico del buon risultato dell'istruttoria procedimentale.

La risposta, allo stato negativa, al quesito se una determinazione discrezionale possa essere assunta da una macchina si spiega constatando che la volizione razionale è sempre un passo più avanti del *machine learning*, non perché non sia possibile razionalizzare un modello decisionale, anzi, ma perché l'esercizio dell'umana ragione non può affrancarsi dalla sistemazione dei sentimenti e delle emozioni.

Sentimenti ed emozioni che fanno capolino per ogni dove nella fisiologia e nella patologia dell'atto: l'avvertita esigenza di istituire una zona a traffico limitato non è riconducibile ad un ufficio impersonale, bensì ad esseri umani; è, o almeno dovrebbe essere, in primo luogo un gesto spinto dal sentimento di cura del benessere nei confronti di esseri senzienti (non solo altri esseri umani). E da questo gesto, che non si esita a definire d'amore, nasce e si rafforza il *sentimento di fiducia* finalmente reciproco che abbiamo visto essere essenziale alla qualificazione dell'affidamento incolpevole.

16 F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 361, ove la considerazione che la persona fisica "autrice del provvedimento" deve avere – la persona, si badi, non l'ufficio – "una conoscenza effettiva della situazione di fatto".

Lo sviamento di potere – nelle sue rare e quasi esclusivamente manualistiche formule descrittive – è manifestazione oggettiva di cattivo uso della discrezionalità ed esibizione *soggettiva* di mala fede, a sua volta generata da stati emotivi dalla cui indagine non è dato prescindere (la frustrazione che genera desiderio di usare del potere in modo *detourné*) e quindi ostacolo, di nuovo, alla instaurazione di una relazione di fiducia.

La partecipazione procedimentale può a sua volta assicurare un fruttuoso circuito fiduciario solo se si tiene a mente che le memorie ex art. 10 della l. n. 241 del 1990 non sono solo fatti rappresentativi di interessi, ma prodotti di emozioni, rimpianti, illusioni, aspirazioni, e sì, anche di aspettative: stati emozionali che appartengono allo stesso modo alla storia del o dei funzionari dai cui comportamenti si genera il fenomeno dell'imputazione.

Forse è tempo di smettere di studiare la forma dell'acqua e riavvicinare la burocrazia weberiana alla propria origine: l'umanità, omnicomprensivamente intesa.

Non sono certo che questo approccio possa contribuire alla ricerca sul riparto tra le giurisdizioni in tema di tutela dell'affidamento incolpevole; confesso che il dubbio non renderà le mie notti insonni.

Ma sono certo che la fiducia va generata, guadagnata, costruita con l'apporto della dirigenza come del personale una volta qualificato “di concetto”, quest'ultimo spesso assai più versato della prima nell'intricato territorio del *problem solving*.

Un rapporto di leale collaborazione tra persone, prima che tra uffici, favorisce la buona amministrazione; stimola la Burocrazia ad indirizzare e gestire la cosa pubblica in modo *realmente* trasparente, ossia *visibile*: e quando l'orizzonte è chiaro è più facile coltivare la fiducia.

Per tutto questo occorrono pochi concetti e tanta umanità.

MARIA CRISTINA CAVALLARO

Professore ordinario di Diritto amministrativo dell'Università di Palermo

mariacristina.cavallaro@unipa.it

BUONA FEDE E LEGITTIMITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

GOOD FAITH AND LEGITIMACY OF THE ADMINISTRATIVE ACT

SINTESI

Il lavoro trae spunto dalla recente modifica dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, il cui comma 2 *bis* introduce il principio della buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, per verificare se il principio in esame possa essere considerato come parametro di legittimità del provvedimento amministrativo.

ABSTRACT

The work is inspired by the recent amendment of art. 1 of L. n. 241/1990, paragraph 2 *bis* which introduces the principle of good faith in relations between citizen and public administration, to verify whether the principle in question can be considered as a parameter of the legitimacy of the administrative act.

PAROLE CHIAVE: buona fede, tutela affidamento, legittimità, provvedimento amministrativo.

KEYWORDS: good faith, legitimate expectations, legitimacy, administrative act.

INDICE: 1. Premessa – 2. La 'buona fede' come clausola generale: la regola della correttezza – 3. La buona fede e l'esercizio del potere: la tutela dell'affidamento – 4. La buona fede nel rapporto del cittadino con le pubbliche amministrazioni: gli orientamenti della giurisprudenza – 5. Alcune ipotesi conclusive sull'effettiva portata dell'art. 1 comma 2 bis della l. 241 del 1990

1. Premessa

La ragione di una riflessione intorno alla nozione di 'buona fede' da intendersi come parametro di legittimità del provvedimento amministrativo muove dalla nuova formulazione dell'art. 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il cui comma 2 *bis*, di recente introduzione, prevede: "I rapporti tra il cittadino e la

pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”¹.

La norma solleva almeno due questioni rilevanti.

La prima questione riguarda la sua *ratio*, che a sua volta rimanda alla necessità di comprendere e definire cosa debba intendersi per buona fede, posto che si tratta di un concetto di difficile qualificazione. Se si guarda alla più matura esperienza del codice civile, dove si è rilevato che la locuzione ‘buona fede’ viene riportata circa una settantina di volte², lungi dall’aver una risposta appagante, si avverte ancora di più la complessità del quesito. Il dato codicistico restituisce una pluralità di ipotesi in cui si riscontra la nozione di buona fede (che per comodità sistematica ha condotto alla tradizionale partizione tra buona fede in senso oggettivo e soggettivo): per cui si va dalla buona fede come regola di condotta nelle trattative precontrattuali, alla buona fede come ignoranza di ledere l’altrui diritto, dall’obbligo di interpretazione del contratto secondo buona fede, alla presunzione di buona fede, alla buona fede come stato d’animo da cui desumere l’antitetica nozione di mala fede. Dunque, l’interrogativo posto in apertura riguarda, in primo luogo, la *colorazione* del concetto di buona fede nell’intenzione del legislatore che ha modificato la l. n. 241/90.

La seconda questione riguarda l’idoneità della previsione a generare una ‘nuova’ ipotesi di illegittimità del provvedimento per violazione dell’obbligo di buona fede, *sub specie* del vizio di violazione di legge. Ma sotto questo punto di vista, per un verso, l’effetto ipotizzato si sarebbe già realizzato: in termini generali, in forza del primo comma dell’art. 1 della l. 241/90, laddove si fa riferimento ai “principi dell’ordinamento comunitario”³; più specificamente, si deve

1 La nuova formulazione è intervenuta con l’art. 12, comma 1, lett. *0a*), del d.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

2 Così R. SACCO, *Affidamento* (voce), in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1957, 661; ma soprattutto ID., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949.

3 In tal senso G. TULUMELLO, *La tutela dell’affidamento del privato nei confronti della Pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, in (a cura di), R. Ursi, G. Armao, C. Ventimiglia, *Liber amicorum per Salvatore Raimondi*, Napoli, 2022.

ricordare l'intervento del legislatore del 2005 che nell'interpretazione della giurisprudenza amministrativa ha già introdotto il principio di garanzia del legittimo affidamento, «da un lato subordinando l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio al limite temporale del termine ragionevole oltre che ai criteri della comparazione degli interessi (art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990); dall'altro stabilendo la tutela indennitaria a vantaggio del destinatario del provvedimento di revoca anticipata (art. 21 *quinquies* della stessa L. n. 241/1990)»⁴. Per altro verso, proprio la possibilità che l'effetto della norma in esame possa essere quello di ammettere, in termini generali, che la buona fede possa essere parametro di legittimità del provvedimento amministrativo, solleva più di un dubbio e induce a immaginare che forse, anticipando parte delle conclusioni, il titolo di questo contributo avrebbe dovuto avere un punto interrogativo finale ed essere riformulato in questi termini: *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo?*

In relazione alle questioni proposte, sembra così che la previsione qui presa in considerazione possa risultare troppo generica, quanto al rinvio alla clausola generale sulla buona fede, ovvero superflua, se non addirittura contraddittoria, laddove si ragioni della possibilità di interpretare la buona fede quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa.

Le questioni però vanno affrontate più in profondità, sia pure entro i limiti imposti dalla necessaria brevità di questo contributo.

2. La 'buona fede' come clausola generale: la regola di correttezza

La difficoltà di una qualificazione della nozione di buona fede, la difficoltà di una sua *colorazione*, come si diceva all'inizio, che liberi la nozione da quella zona *grigia*, per rimanere nella metafora, nella quale sembra collocata, è diretta conseguenza della essenza stessa della locuzione 'buona fede': e cioè il suo es-

⁴ Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2020, n. 4392.

sere una 'clausola generale', «sintagma da sempre connotato da profonda ambiguità e vaghezza»⁵.

In termini generali, pur nella difficoltà di fornire una nozione unitaria, si può dire che le clausole generali rappresentino il mezzo per realizzare un certo fine all'interno dell'ordinamento, solitamente identificato in quello di renderlo maggiormente "flessibile" e "aperto" a determinate esigenze "evolutive" che si manifestano in seno alla società e/o allo stesso diritto. Con la conseguenza che clausole generali possano essere considerate come l'espressione di una particolare "tecnica legislativa", che consente di ottenere una maggiore flessibilità del vincolo di soggezione alla legge nel processo di interpretazione⁶.

La dottrina, pertanto, ha sottolineato come, in assenza di una specifica disposizione di legge, il ricorso alle clausole generali dell'ordinamento sia legato alla necessità di individuare una soluzione alla fattispecie rimessa all'esame dell'interprete, sia esso il giudice o il funzionario amministrativo: si tratta cioè di clausole che, nell'esprimere principi generali, manifestano la loro "valenza integrativa", in quanto capaci di colmare (o meglio di impedire) la lacuna dell'ordinamento⁷.

Il che pone il problema dell'opportunità del rimando alle clausole generali e del difficile equilibrio che l'ordinamento deve assicurare: giacché, è stato detto, le clausole generali possono concorrere a garantire l'efficienza e la flessibilità del sistema, consentendo l'individuazione di soluzioni creative che scongiurino il rischio della lacuna dell'ordinamento, ma pongono un evidente problema teorico e politico: un "ritrarsi del legislatore", a tutto vantaggio di un

5 V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 3.

6 K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di A. Baratta, Milano, 1970, p. 170.

7 G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014, secondo il quale "i principi generali dell'ordinamento giuridico ... sono desunti da norme di legge che occupano nel sistema delle fonti lo stesso grado della norma che il giudice o il funzionario amministrativo dovrebbero applicare, ma non trovano (ed è per questo che il caso rimane ancora dubbio). Tali principi offrono il fondamento o la giustificazione per una soluzione che va comunque trovata, sebbene manchi una disposizione di legge regolatrice della materia: hanno cioè una valenza integrativa", p. 58.

maggiore spazio interpretativo giudice, a cui spetta il compito di individuare la regola del caso concreto⁸.

La natura integrativa della buona fede come clausola generale ne consente l'applicazione anche nei riguardi dell'agire amministrativo, prima ancora che il legislatore ne introducesse l'esplicito riferimento. Si dice tradizionalmente che, posta la distinzione tra buona fede soggettiva (che si riferisce a una condizione psicologica) e buona fede oggettiva (che è regola di condotta), la nozione di buona fede applicabile all'amministrazione sia solo quella oggettiva⁹. In altri termini, applicata all'attività in generale e all'esercizio del potere in particolare, il modo più ragionevole di intendere la buona fede dell'amministrazione è quello della buona fede come regola di condotta, che a sua volta si traduce in un dovere di "comportamento secondo correttezza" (art. 1175 c.c.).

Anche in tal senso, tuttavia, non pare di aggiungere granché al dibattito giuridico, posto che se invocare la regola della correttezza ha una certa rilevanza nei rapporti interprivati, nei riguardi della pubblica amministrazione, prima ancora della 'correttezza' come regola di condotta, rileva il procedimento, *id est* il 'giusto procedimento', come forma obbligata dell'esercizio del potere, che trova fondamento nei principi costituzionali dell'imparzialità e del buon anda-

8 L. NIVARRA, *Introduzione* a J.W. Hedemann, *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, p. 28 e 32. Osserva l'A. che «le clausole generali danno forma a una duplice crisi, la società che si sfilaccia, si disgrega, si frammenta e il potere che si accentra: che rappresentano l'esatto contrario dell'ordine giuridico e politico affermatosi nell'Ottocento», p. 21. E tuttavia, le clausole generali non sono una causa del disordine della società, ma il loro uso "esorbitante" ne costituisce semmai un sintomo, p. 33. Inoltre, le clausole generali in un ambiente disordinato «fungono da moltiplicatore del disordine, perché trasferiscono nel sistema giuridico le spinte centrifughe del corpo sociale, mentre in un ambiente ordinato fungono da elemento stabilizzatore del sistema», p. 41. Sul delicato rapporto tra legislazione e giurisdizione, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. Cost.*, 2012, 3823.

9 Cfr. però F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 2001, sul funzionario di fatto (con particolare riguardo all'ipotesi prevista dall'art. 113 c.c.), p. 133: in tal caso, la nozione di affidamento del terzo che ripone fiducia sulla legittimazione del funzionario di fatto coincide con la condizione di buona fede soggettiva del funzionario medesimo, nella misura in cui egli "ignora di ledere l'altrui diritto", cfr. p. 138. In effetti, la buona fede in senso soggettivo si riversa poi nella buona fede in senso oggettivo, nella misura in cui si potrebbe dire che "l'ignoranza di ledere l'altrui diritto" postula una condotta 'oggettivamente' corretta. In argomento si veda altresì F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

mento¹⁰. Senza contare che, se guardiamo alla buona fede nell'ambito delle trattative precontrattuali, dove la regola della correttezza si fa procedimento, in caso di recesso ingiustificato dalle trattative l'effetto non è quello di un recesso invalido e dunque inidoneo a liberare la parte dal vincolo contrattuale, ma semmai quello di esporre il suo autore alla responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.). Nella dottrina civilistica il principio trova una certa conferma: così, secondo Mengoni, «in nessun caso, comunque, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per i danni»¹¹.

Ecco allora che emerge il senso della regola della correttezza, ben evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa: secondo il Consiglio di Stato, «le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte»¹².

Il fenomeno è chiaro da tempo alla dottrina, secondo cui il principio della buona fede in senso oggettivo, come regola di condotta, trova sempre appli-

10 In tal senso anche Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21; sul principio del giusto procedimento, si veda quanto osservato in M.C. CAVALLARO, *Principio di legalità e giusto 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.

11 L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, 1. Di recente, tuttavia, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha formulato un orientamento in senso apparentemente contrario, ritenendo che «il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. legittima in punto di diritto l'insorgenza in ciascuna parte dell'affidamento che, anche nell'esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive ed esecuzione continuata, ciascuna parte si comporti nella esecuzione in buona fede, e dunque rispettando il correlato generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere generale del *neminem laedere*; ne consegue che in un contratto di locazione di immobile ad uso abitativo, l'assoluta inerzia del locatore nell'escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del corrispettivo sino ad allora maturato, protrattasi per un periodo di tempo assai considerevole in rapporto alla durata del contratto, e suffragata da elementi circostanziali oggettivamente idonei a ingenerare nel conduttore un affidamento nella remissione del diritto di credito da parte del locatore *per facta concludentia*, la improvvisa richiesta di integrale pagamento costituisce esercizio abusivo del diritto».

12 Cons. Stato, Ad. Plen., n. 21 del 2021, cit.

cazione, anche nel caso in cui apparentemente non consenta di evitare il sacrificio del privato: «quando la ragionevole ponderazione degli interessi implica il sacrificio della tutela dell'affidamento, la tutela dell'affidamento non viene meno, ma si sposta sul suo equivalente pecuniario»¹³. In altri termini, come nel diritto comune, la violazione del principio di buona fede non necessariamente implica l'invalidità dell'atto adottato e dunque l'inidoneità dello stesso alla produzione dell'effetto giuridico: ciò non toglie che, proprio in conseguenza degli effetti prodotti dall'atto lesivo del principio della buona fede, e dunque a tutela dell'affidamento del suo destinatario, scaturisca l'obbligo del ristoro economico del pregiudizio eventualmente sofferto¹⁴.

Paradigmatico è il caso dell'annullamento d'ufficio, che secondo l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, può esporre l'amministrazione a una responsabilità risarcitoria per violazione del principio di affidamento, ove si accerti che il privato aveva confidato nella legittimità dell'originario provvedimento¹⁵. Diversa, invece, è l'ipotesi della revoca, disciplinata dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, che ammette la corresponsione di un indennizzo a ristoro del pregiudizio patito dal privato, ammettendo in tal modo una forma di responsabilità dell'amministrazione da atto lecito¹⁶. Ma proprio l'espressa formulazione normativa dell'indennizzo esclude la necessità del ri-

13 F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., p. 16.

14 F. MERUSI, *op. cit.*, che chiarisce: «il fatto che il principio di buona fede si traduca nella tutela degli effetti di un atto invalido non è fenomeno abnorme, ma, al contrario, perfettamente conforme alla vettorialità dell'intero ordinamento giuridico», p. 105.

15 Si tratta dell'orientamento espresso da Cass. sez. un. ord. 23 marzo 2011, n. 6594, e poi successivamente riproposto in altre pronunce più recenti (su cui v. *infra*), secondo cui, in caso di annullamento di una concessione edilizia, «il proprietario o il titolare di altro diritto che lo abilita a costruire sul fondo hanno la esclusiva possibilità di invocare un'unica tutela (...): quella risarcitoria fondata sull'affidamento; viene in considerazione un danno che oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico, fondandosi su doveri di comportamento il cui contenuto certamente non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio della attività amministrativa principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza».

16 G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2009, 203.

corso alla clausola generale della (violazione dell'obbligo di) buona fede, in funzione integrativa della fattispecie: esiste cioè la disposizione di legge, che è idonea a risolvere il caso di specie, e l'interprete non ha necessità di ricorrere alla clausola generale per fondare l'obbligo dell'amministrazione di ristorare del pregiudizio cagionato al privato.

Tutto ciò potrebbe indurre a formulare delle prime conclusioni e ritenere che la buona fede, da intendersi come regola di condotta dell'amministrazione, non opera quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, ma semmai come fonte di responsabilità della stessa amministrazione nei confronti del privato¹⁷. Eppure, può essere utile proseguire l'indagine e assumere come oggetto di riflessione non tanto la buona fede, quanto piuttosto il principio ad essa correlato, ossia il principio della tutela dell'affidamento del cittadino nei riguardi della pubblica amministrazione.

3. La buona fede e l'esercizio del potere: la tutela dell'affidamento

In termini generali, l'affidamento può essere qualificato come quella situazione soggettiva riconducibile a colui il quale confidi nell'altrui comportamento secondo buona fede: ed è in tal senso che l'affidamento si intende tutelato dal principio di buona fede. Per Sacco la tutela dell'affidamento «tende a scalzare il diritto naturale», giacché il principio sta a indicare «quella regola secondo cui una certa situazione di fatto o di diritto è inoperante se non è nota ad un determinato soggetto»¹⁸. Per questo, si dice, la tutela dell'affidamento implica la tutela di una condizione di apparenza¹⁹.

17 Più precisamente, se la violazione del principio di buona fede non necessariamente implica l'illegittimità del provvedimento (potendo comunque esporre l'amministrazione a una forma di responsabilità risarcitoria), al contempo «non ogni illegittimità provvedimentoale (successivamente accertata) determina – per ciò solo – violazione del dovere di buona fede dell'amministrazione, ma soltanto quelle, da accertarsi in concreto, conseguenti alla mancata attivazione di uno sforzo esigibile secondo il parametro di normalità» (Tulumello).

18 R. SACCO, *Affidamento*, cit., 661.

19 Sull'apparenza si veda, in termini generali, A. FALZEA, *Apparenza* (voce), in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, 682, per il quale «nell'apparenza la tutela del terzo deve necessariamente poggiare su una situazione di buona fede specificamente giustificata da una situazione di fatto oggettiva-

Ora, se, come detto, la nozione di buona fede applicabile alla p.a. è solo quella oggettiva, da intendersi come regola di condotta, e se, in termini generali, l'affidamento protetto dall'ordinamento è la situazione soggettiva di chi confida nell'altrui condotta secondo buona fede, applicando il ragionamento all'esercizio del potere amministrativo tale situazione soggettiva, riconducibile al privato destinatario del provvedimento, implica la necessità che l'amministrazione ne tenga conto nell'esercizio del potere e, dunque, all'interno del procedimento, quale sede di trasformazione del potere in atto.

Ancora una volta, tuttavia, la questione, nei termini appena esposti, non presenta tratti di significativa originalità. Già a partire dagli anni Settanta, infatti, la dottrina amministrativistica aveva colto nel principio della tutela dell'affidamento un limite all'esercizio del potere, che impone all'amministrazione l'obbligo di bilanciare l'interesse da perseguire attraverso l'adozione del provvedimento finale con l'affidamento del destinatario dell'atto²⁰.

Il ragionamento appena richiamato ripercorre la linea già in parte tracciata dalla dottrina civilistica. S'è già detto come per Mengoni il principio della buona fede nel corso delle trattative precontrattuali debba essere interpretato come regola di condotta, la cui violazione dà luogo a responsabilità e non incide sulla validità della fattispecie rispetto alla quale opera. Nella riflessione di Rodotà, pur ammettendosi la differente operatività della clausola generale, la regola di correttezza è definita come «limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata, quale è comunemente intesa, e più precisamente di una indicazione che incide sui poteri attribuiti ai privati dal primo comma dell'art. 1322»²¹. E, probabilmente, è in tal senso che la dottrina amministrativistica ha cominciato

mente capace di trarre in inganno qualsiasi terzo».

²⁰ Il riferimento è ancora una volta al già richiamato lavoro di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit.; il principio della tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti dell'amministrazione ha trovato accoglimento anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che, a partire dalla sentenza 17 dicembre 1985, n. 349, ha sottolineato come «l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto».

²¹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, II Ed., Milano, 2004, p. 186.

a ragionare di rilevanza del principio dell'affidamento nei rapporti tra amministrazione e cittadino.

In altri termini, non la buona fede come parametro di legittimità del provvedimento, ma l'affidamento come limite all'esercizio del potere. Ciò consente di ritenere che la violazione del principio dell'affidamento implica, o potrebbe implicare, l'illegittimità del provvedimento sotto il profilo dell'eccesso di potere. Nel senso che, se la tutela dell'affidamento si traduce nella necessità di introdurre un limite all'esercizio del potere, non v'è dubbio che, laddove il potere non sia correttamente esercitato e dunque non tenga in adeguata considerazione l'affidamento del privato, potrebbe ipotizzarsi l'eventualità di un vizio di eccesso di potere del provvedimento finale.

In tal modo, se nel diritto comune la buona fede, intesa come regola di condotta, può essere intesa come un limite all'autonomia privata, in senso analogo, l'amministrazione nell'esercizio del potere incontra il limite dell'affidamento del privato. Eventualità che, nell'ambito dell'attività amministrativa che si manifesta attraverso l'esercizio del potere, assume un rilievo del tutto peculiare in ragione del fatto che l'attività stessa è preordinata alla realizzazione dell'interesse pubblico. Si vuole con ciò ammettere la possibilità che, «se per interesse pubblico si intende un interesse identificato da una norma sull'attività amministrativa (...), può considerarsi interesse pubblico anche quello eventualmente identificato dal principio di buona fede»²².

Nella prospettiva appena considerata, e nel tentativo di cogliere una rilevanza e un tratto innovativo del comma 2 *bis* dell'art. 1 della l. 241/90, si potrebbe ritenere che la traduzione del principio di buona fede nella legge generale sul procedimento amministrativo potrebbe consentire di "obiettivare" un interesse che l'amministrazione deve valutare e ponderare nell'esercizio della propria azione. Non che la 'buona fede' si faccia interesse pubblico, ma la stessa

22 F. MERUSI, *op. cit.*, p. 115. Meglio, «nel caso di atti amministrativi favorevoli viziati, l'eventuale affidamento generato nel destinatario dalla prolungata inerzia dell'amministrazione di fronte all'atto viziato deve essere valutato secondo buona fede», p. 142.

può essere considerata come un ulteriore interesse da bilanciare ai fini della scelta discrezionale che deve essere compiuta dall'amministrazione²³.

Siamo però ben lontani dal configurare la buona fede come parametro di legittimità dell'azione amministrativa.

Per due ragioni. In primo luogo, perché, come in parte già considerato, la tutela dell'affidamento del privato, pur se scaturisce da una regola di condotta cristallizzata nel principio di buona fede, può non coincidere con l'interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire²⁴: detto diversamente, l'amministrazione può essere ben consapevole dell'affidamento che il cittadino ha riposto su un dato provvedimento e ciononostante può dover decidere che tale interesse privato debba cedere rispetto alle ragioni di interesse pubblico.

D'altra parte, e con ciò si introduce la seconda ragione, il cittadino a sua volta è ben consapevole della potenziale incertezza e della possibile instabilità dell'assetto di interessi generato da un dato provvedimento, non foss'altro che lo stesso è esposto, sia pure entro certi limiti temporali, al potere di autotutela dell'amministrazione e dunque al potere della stessa di rivedere i propri atti, per sopravvenute ragioni di interesse pubblico.

4. La buona fede nel rapporto del cittadino con le pubbliche amministrazioni: gli orientamenti della giurisprudenza

Rispetto alle osservazioni sinora svolte, può essere utile volgere lo sguardo alla giurisprudenza amministrativa per verificarne gli orientamenti più salienti.

23 Sull'affidamento e la tecnica del bilanciamento, v. sia pure in termini critici A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2018, 121.

24 F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 823, secondo la quale, più precisamente, «nel linguaggio amministrativistico l'affidamento tutelato nell'ambito del rapporto amministrativo è l'affidamento 'legittimo' che potrebbe sussistere (rendendo necessario il confronto tra gli interessi) e, tuttavia, l'interesse finale che si collega alla situazione di affidamento potrebbe risultare non soddisfatto», che poi aggiunge: «il soddisfacimento dell'interesse del privato procede dunque dal bilancio del costo sociale dell'annullamento».

S'è già detto del chiarimento formulato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che sottolinea i due diversi piani in cui operano le regole della legittimità amministrativa e quelle della correttezza, chiarendo in tal modo che la regola di condotta, nella misura in cui concerne «la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte», non è qualificabile come parametro di legittimità dell'atto²⁵.

A conferma delle osservazioni finora fatte, e vista l'autorevolezza dell'organo che ha formulato l'indirizzo appena richiamato, non sono particolarmente numerose le pronunce di illegittimità del provvedimento amministrativo per violazione del dovere di buona fede dell'amministrazione, facendosi per lo più riferimento alla violazione di ulteriori obblighi di legge, quale ad esempio, in caso di provvedimento di annullamento d'ufficio, il superamento del termine temporale per pronunciarsi²⁶.

Più frequenti sono invece le pronunce che affermano la responsabilità dell'amministrazione per violazione del principio di affidamento, rispetto al quale, com'è noto, è stata ipotizzata una distinzione tra la situazione soggettiva dell'affidamento *incolpevole* e quella dell'affidamento *legittimo*. Si tratta di un'interpretazione introdotta dalla Corte di Cassazione, che in più occasioni ne ha ribadito l'utilità, allo scopo precipuo di ritagliare un nuovo spazio di giurisdizione per il giudice ordinario²⁷. Sostiene, infatti, il giudice del riparto che la responsabilità dell'amministrazione che scaturisce dalla lesione dell'affidamento del privato ha natura relazionale e deve essere qualificata come responsabilità «da contatto sociale». Essa origina dal rapporto procedimentale tra il privato e la

25 Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 21/2021, cit.

26 Così, ad esempio, Tar Lazio, sez. I, 29 aprile 2016, n. 288, secondo cui «È illegittimo il provvedimento di annullamento, ex art. 21-nonies, l. 7 agosto 1990 n. 241, degli effetti prodotti da una denuncia di inizio attività in variante che sia stato adottato nonostante il decorso di un periodo di quasi quattro anni in violazione del principio del « termine ragionevole » (tenuto altresì conto che per effetto delle ultime modifiche normative non è considerato ragionevole un termine superiore a 18 mesi) e in assenza di ogni ponderazione/comparazione tra l'interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione degli effetti della Dia e l'interesse dei destinatari dell'atto».

27 Cass. sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615.

pubblica amministrazione, che deve essere inteso «come fatto idoneo a produrre obbligazioni “in conformità dell’ordinamento giuridico” (art. 1173 c.c.): sicché matura a carico di entrambe le parti non un vero e proprio obbligo di prestazione, «ma reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, in virtù degli artt. 1175 c.c. (correttezza), 1176 c.c. (diligenza) e 1337 c.c. (buona fede)»²⁸.

Più pragmatico l’indirizzo espresso dalla giurisprudenza amministrativa, che sostanzialmente non coglie una sensibile differenza tra le situazioni soggettive, ritenendo che l’affidamento incolpevole (così come l’affidamento legittimo) trovi fondamento in una “situazione di apparenza” generata dall’amministrazione attraverso il provvedimento adottato (ovvero attraverso un comportamento riconducibile all’esercizio del potere, quale ad esempio il silenzio della stessa amministrazione): tale “situazione di apparenza” è idonea a fondare, in capo al privato, una concreta aspettativa di stabilità di quel determinato assetto di interessi. In tal modo, laddove il provvedimento sia poi annullato, il suo destinatario potrà vantare «una fondata aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso», la cui mancata soddisfazione dev’essere considerata meritevole di tutela, per equivalente.

L’orientamento così formulato consente al giudice amministrativo di affermare la propria giurisdizione, dal momento che la tutela risarcitoria non è funzionale a «compensare il bene della vita perso a causa dell’annullamento del provvedimento favorevole», perché proprio il suo annullamento ne esclude la spettanza: semmai, la tutela consente di «ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse»²⁹. Questo potrebbe essere il caso della revoca di un provve-

²⁸ Cass. sez. un. 28 aprile 2020, n. 8236.

²⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 21 del 2021, cit. Secondo F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, dal raffronto degli orientamenti riferiti emerge che «secondo la Cassazione, l’affidamento incolpevole non presuppone la fiducia nella legittimità del provvedimento in quanto tale, bensì la fiducia suscitata dalle particolari circostanze del caso, in quanto idonee a giustificare l’affidamento nella conservazione della situazione giuridica acquisita; mentre, più concretamente, per la giurisprudenza amministrativa in caso di affidamento incolpevole l’affidamento è leso, ad esempio, se l’annullamento o la revoca degli atti di gara sono bensì legittimi, ma si sono resi inevitabili a

dimento favorevole resa necessaria dalla condotta negligente dell'amministrazione nell'adottare il provvedimento originario. Ma non v'è dubbio che, in tal caso, si ritorna al punto di partenza: l'affidamento cioè, è inteso come limite all'esercizio del potere, che eventualmente viene bilanciato dall'amministrazione alla stregua dell'interesse pubblico, dovendo essa decidere se conservare gli effetti del provvedimento su cui il privato ha fatto affidamento, ovvero disporne la rimozione con conseguente obbligo per la stessa amministrazione di risarcire il pregiudizio prodotto.

Probabilmente il contrasto tra gli orientamenti riferiti è legato, come detto, alla necessità di radicare la giurisdizione: per cui la stessa sarà affidata al giudice ordinario, seguendo l'orientamento del giudice del riparto, che qualifica l'affidamento come una situazione soggettiva, la quale origina dalla violazione di obblighi di protezione sorti nell'ambito di un rapporto procedimentale; ovvero al giudice amministrativo, ammettendo che si tratti, secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, di una situazione soggettiva paragonabile all'interesse legittimo, in quanto correlata all'esercizio del potere.

La dottrina, per parte sua, ha ritenuto condivisibile la distinzione proposta dal giudice del riparto, ma sulla base di un diverso ordine di argomentazione, ossia muovendo dal presupposto che affidamento legittimo e affidamento incolpevole, ovvero affidamento secondo buona fede, siano figure diverse, «per funzione e per struttura».

In particolare, l'affidamento legittimo assumerebbe rilievo come limite all'esercizio del potere amministrativo, cosicché, in ipotesi di procedimenti di secondo grado, ipotesi classica nella quale la situazione soggettiva in discorso assume una certa consistenza, il privato non avrà un'aspettativa concreta al mantenimento in vita del provvedimento favorevole, ma avrà una legittima aspettativa a che l'esercizio del potere di autotutela tenga in adeguata considerazione la sua situazione soggettiva.

causa di negligenze dell'amministrazione».

In tal modo, secondo l'orientamento proposto, l'affidamento legittimo può essere equiparato all'interesse legittimo, in quanto si tratta di una situazione soggettiva che si correla al potere discrezionale dell'amministrazione, il cui contenuto si traduce in una «pretesa che il proprio interesse sia tenuto in considerazione nei modi previsti dalla legge, ma non dà titolo per pretendere il soddisfacimento dell'interesse materiale»; laddove, invece, l'affidamento incolpevole «viene in considerazione quale elemento di una situazione che chiede protezione contro le conseguenze dannose della fiducia mal riposta»³⁰.

In ogni caso, rimane il dato di carattere generale accolto in apertura, e cioè che l'eventuale differenza tra affidamento legittimo e affidamento incolpevole, per quanto possa produrre delle ricadute sulla natura della relativa situazione soggettiva, non incide sulla sostanza della nozione di affidamento, la quale è pur sempre correlata all'altrui comportamento secondo buona fede. E, nella specificità del rapporto tra amministrazione e cittadino, l'affidamento, legittimo o incolpevole, funge da limite all'esercizio del potere, la cui violazione non costituisce un parametro di legittimità del provvedimento amministrativo, ma espone l'amministrazione a una responsabilità risarcitoria.

5. Alcune ipotesi conclusive sull'effettiva portata dell'art. 1 comma 1 bis della l. 241 del 1990

Il punto su cui, invece, vale la pena soffermarsi, è che proprio a partire dalla natura relazionale della responsabilità cui si espone l'amministrazione che abbia leso l'affidamento del privato, secondo la ricostruzione offerta dalla Cor-

30 F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., secondo la quale «Nell'affidamento secondo buona fede, la fiducia riposta nell'altrui correttezza non assume rilevanza giuridica se non nel momento nel quale l'affidamento è stato deluso e chiede riparazione. Al contrario, la tutela dell'affidamento legittimo è congegnata in modo da prevenirne la delusione: la fiducia del beneficiario del provvedimento favorevole sarà delusa soltanto se nel procedimento di secondo grado — il cui avvio gli è comunicato, così da permettergli di partecipare all'istruttoria — non verrà assegnato il giusto peso all'interesse del medesimo a conservare il bene che gli era stato attribuito».

te di Cassazione³¹, è possibile ipotizzare nuovi orizzonti della tutela dell'affidamento, ai fini dell'interpretazione dell'art. 1 comma 2 *bis* della l. n. 241 del 1990.

La norma, cioè, non introdurrebbe uno specifico vincolo per l'amministrazione tenuta già, in funzione dei principi che governano l'esercizio del potere, al rispetto delle regole di condotta tipizzate nel procedimento e alla tutela dell'affidamento come limite all'esercizio del potere medesimo; ma introdurrebbe, semmai, uno specifico vincolo per il privato, tenuto a comportarsi secondo buona fede nei rapporti con l'amministrazione.

Il ragionamento sembra condiviso anche dal Consiglio di Stato, secondo il quale «il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede» manifesta una valenza bilaterale, poiché si sviluppa all'interno del rapporto procedimentale che, per quanto connotato dall'esercizio del potere, che tende a sbilanciare il rapporto a favore dell'amministrazione, è pur sempre caratterizzato e, per certi versi “compensato”, dal principio partecipativo. In tal modo, la regola di condotta secondo buona fede è senz'altro, per le considerazioni sinora svolte, riferibile all'amministrazione, ma deve intendersi riferita anche nei confronti di quei soggetti, portatori di interessi pubblici e privati che prendono parte al procedimento, traducendosi non in veri e propri obblighi di prestazione, bensì in obblighi comportamentali, o di protezione³². Si tratta di obblighi

31 Cfr. A. NICOLUSSI, *La natura relazionale della responsabilità «preprocedimentale» della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 791.

32 Cons. Stato, Ad. Plen. 29 novembre 2021, n. 20: «il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi una portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata; tale dovere comportamentale si rivolge sia all'amministrazione sia ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento, qualificando in termini giuridici una relazione che è e resta pubblicistica, sia pure nell'ottica di un diritto pubblico in cui l'autoritatività dell'agire amministrativo dà vita e si inserisce nel corso di un rapporto in cui doveri comportamentali e obblighi di protezione sono posti a carico di tutte le parti. E non sembra, in tale contesto, che i principi che regolano il rapporto siano espressione di autonome situazioni soggettive, se non avulse, dalla posizione delle parti; si deve piuttosto ritenere che si tratti di doveri imposti alle parti, e in primis all'amministrazione, a salvaguardia delle situazioni soggettive coinvolte, che, in quanto afferenti a quel rapporto, non mutano la loro natura e la loro consistenza».

che connotano il rapporto procedimentale, la cui violazione, secondo la dottrina civilistica, genera una forma di responsabilità di tipo 'relazionale', ovvero una responsabilità da 'contatto sociale'³³.

Anche in tal caso, tuttavia, va segnalato come prima ancora dell'intervento del legislatore, la giurisprudenza era giunta ad affermare e a sottolineare la necessità della buona fede anche da parte del privato nei rapporti con l'amministrazione, ritenendo che l'assenza della buona fede impedisse la correlata protezione dell'affidamento³⁴.

Come pure, al di là dell'odierno intervento normativo, è possibile rinvenire, in altre disposizioni della l. 241 del 1990, i segni di una regola della correttezza che vincola l'attività del privato: per cui ad esempio, in materia di segnalazione certificata di inizio di attività, l'art. 19, comma 3, l. n. 241/1990 prescrive la completezza e la veridicità delle dichiarazioni rese dal privato, «con la conseguenza che, in presenza di una dichiarazione inesatta o incompleta, sussiste comunque il potere dell'amministrazione di inibire l'attività dichiarata», poiché il termine di controllo ordinario sulla SCIA non può iniziare a decorrere³⁵. E ancora, l'eventuale errore sui presupposti della SCIA, che è una dichiarazione unilaterale, non può generare a favore del privato che è incorso in errore un affidamento, laddove l'amministrazione non provveda per tempo all'esercizio dei poteri inibitori, potendo tale omissione comportare un'eventuale responsabilità

33 Sulla responsabilità da contatto sociale, v. per tutti C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997; sull'applicabilità del modello alla responsabilità dell'amministrazione per il legittimo esercizio della funzione, sia consentito il rinvio a M. C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004.

34 Si veda ad esempio Tar Piemonte, sez. II, 23 maggio 2018, n. 636, secondo cui «Se è vero, in generale, che il potere della P.A. di annullare in via di autotutela un atto amministrativo illegittimo incontra un limite generale nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento comunque ingenerato dall'iniziale adozione dell'atto (i quali plasmano il conseguente obbligo motivazionale), è parimenti vero che le medesime esigenze di tutela non possono dirsi sussistenti qualora il contegno del privato abbia consapevolmente determinato una situazione di affidamento non legittimo; in tali casi la Pubblica amministrazione potrà legittimamente fondare l'annullamento in autotutela sulla rilevata non veridicità delle circostanze a suo tempo prospettate dal soggetto interessato, in capo al quale non sarà configurabile una posizione di affidamento legittimo da valutare in relazione al concomitante interesse pubblico».

35 Tar Sicilia, Palermo, n. 3480 del 2021.

del soggetto pubblico, non anche la sanatoria della dichiarazione mancante di un requisito essenziale³⁶.

Qualche perplessità desta però l'orientamento di buona parte della giurisprudenza in materia di finanziamenti pubblici. In particolare, se appare condivisibile, oltre che coerente con quanto sinora s'è visto, l'orientamento secondo cui ove il bando sia idoneo ad assicurare una adeguata e sufficiente conoscenza delle condizioni di ammissibilità alla contribuzione, il privato destinatario del finanziamento non può riporre un fondato affidamento sul carattere definitivo del contributo inizialmente riconosciuto, maggiori perplessità desta la conclusione del ragionamento appena riferito, che ammette che sull'Amministrazione non possa, per ciò stesso, gravare «un particolare onere di motivazione a sostegno del recupero di quanto indebitamente riconosciuto a titolo di contributo»³⁷. E su questa scia si colloca il filone della giurisprudenza sulla natura doverosa dell'annullamento d'ufficio, funzionale a recuperare somme non dovute.

In altri termini, non convince il principio in base al quale l'eventuale mala fede del privato, tutta da dimostrare poiché semmai è la buona fede che si presume, non la mala fede, possa sollevare l'amministrazione dall'obbligo motivazionale e dunque dal rispetto del principio di legalità.

Sotto questo profilo, sembra più ragionevole la soluzione cui è pervenuta la Corte EDU in merito alla vicenda di una dipendente INPS condannata a restituire al datore di lavoro delle retribuzioni indebitamente percepite a titolo di assegno *ad personam*³⁸. In particolare, la Corte ha ritenuto che rientrasse nel campo di applicazione della norma convenzionale il “legittimo affidamento”

36 Tar Lazio, Roma n. 4525 del 2021, che precisa: «di conseguenza, il provvedimento con cui l'Amministrazione accerta che le opere edili non potevano essere realizzate mediante D.I.A., occorrendo il permesso di costruire, non è espressione di autotutela, ma ha valore meramente accertativo di un abuso doverosamente rilevabile e reprimibile senza, peraltro, il limite di dover agire entro un termine ragionevole, chiaramente inapplicabile all'attività di vigilanza edilizia, tanto più che il dichiarante non può, per le ragioni anzidette, vantare nessun affidamento».

37 Cons. Stato, sez. II, n. 7246 del 2019.

38 Corte EDU, 11 febbraio 2021, sul ricorso n. 4893/13, C. c. ITALIA, l'importo non dovuto era pari a euro 13.288,39 e le retribuzioni, percepite nel periodo settembre 1998/febbraio 2004 a titolo di assegno *ad personam*, erano state sottratte erroneamente al riassorbimento.

della ricorrente di poter conservare le retribuzioni percepite, in quanto acquisite «in forza della spontaneità del pagamento, della sua provenienza da un ente qualificato, della sua durata». E pur ravvisando la legalità dell'ingerenza (trattandosi di misura prevista dalla legge) e la legittimità del suo scopo (in quanto è nell'interesse pubblico che i beni ricevuti in assenza di titolo debbano essere restituiti allo Stato), ha ritenuto carente il requisito della proporzionalità.

In altri termini, anche ad ammettere che la *ratio* della norma qui considerata sia quella di prevedere che il principio di buona fede debba conformare il comportamento del privato nei riguardi dell'amministrazione e all'interno del rapporto procedimentale, non pare che si possa desumere per ciò stesso che la violazione di tale principio possa comportare un allentamento dell'obbligo motivazionale da parte dell'amministrazione, perché ciò rischierebbe di tradursi in un ingiustificato, ma soprattutto pericoloso, arretramento del principio di legalità.

Sembra così plausibile concludere che, in presenza dei più saldi principi che conformano l'agire amministrativo e di puntuali disposizioni di legge che possono offrire la regola del caso concreto, rimane saldo il convincimento espresso all'inizio, che tende a escludere che la violazione dell'obbligo di buona fede possa essere considerato quale vizio di legittimità del provvedimento amministrativo, se riferito alla pubblica amministrazione. Per altro verso, pur ritenendo che anche il privato sia tenuto al comportamento secondo buona fede nei riguardi dell'amministrazione, non pare convincente la soluzione per cui la regola della correttezza riferita al privato possa tradursi in una presunzione di una mala fede del privato medesimo: soprattutto, laddove tale presunzione sia utilizzata per giustificare una misura, anche sanzionatoria, da parte dell'amministrazione (come la revoca di contributi concessi), senza quell'articolato e doveroso *iter* logico-giuridico che ne costituisca l'adeguata motivazione.

Non foss'altro che per il rischio evidente di preferire la valenza integrativa della clausola generale della buona fede, al più stringente principio di legali-

tà: il rischio cioè che le clausole generali nell'aprire dei varchi alla discrezionalità dell'interprete possano minare la forza stabilizzatrice del diritto.

GIUSEPPE TROPEA

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria

giuseppe.tropea@unirc.it

BUONA FEDE E PROCESSO AMMINISTRATIVO

GOOD FAITH AND ADMINISTRATIVE PROCESS

SINTESI

Il tema della buona fede, potenzialmente molto ampio, viene indagato nel presente contributo per verificare come abbia inciso su determinate categorie del processo amministrativo, sia nel senso di limitare l'accesso alla tutela che nel senso di ampliare le garanzie processuali della parte. In entrambe le circostanze ciò ha determinato delle profonde conseguenze nella rimodulazione del difficile rapporto fra giudice, legge e amministrazione, fra procedimento e processo, mostrando il carattere essenzialmente ordoliberal del nostro giudice amministrativo.

ABSTRACT

The topic of good faith, potentially very broad, is investigated in this contribution to verify how it has affected certain categories of the administrative process, both in the sense of limiting access to protection and in the sense of expanding the procedural guarantees of the party. In both circumstances this has led to profound consequences in the remodulation of the difficult relationship between judge, law and administration, between procedure and trial, showing the essentially ordoliberal character of our administrative judge.

PAROLE CHIAVE: buona fede – processo amministrativo – accesso alla tutela – procedimento e processo – carattere ordoliberal

KEYWORDS: good faith - administrative process - access to protection - procedure and trial - ordoliberal character

INDICE: 1. Premessa. – 2. Buona fede e modello ordoliberal: la teoria dell'abuso. – 3. Crisi della fattispecie e abuso del diritto d'azione. – 4. Abuso del processo e prevalenza del principio sulla regola. – 5. La tesi della meritevolezza della tutela richiesta. – 6. L'apporto della giurisprudenza. – 7. L'abuso del diritto e del processo amministrativo. – 8. Il divieto di *venire*

contra factum proprium. – 9. (*Segue*). – 10. L'abuso per omissione (*Verwirkung*). – 11. Il *prospective overruling* e la tutela dell'affidamento. – 12. L'abuso del processo, tra crisi del *judicium* liberale e ascesa della procedura neoliberale

1. Premessa

Il tema dei rapporti fra buona fede e processo amministrativo è potenzialmente molto ampio. Potrebbe infatti essere inteso in senso lato, come uso della categoria della buona fede da parte del giudice che eroga la tutela. Si aprirebbe in tal modo il vasto campo della responsabilità dell'amministrazione o dei rapporti fra autotutela e affidamento, quest'ultimo ormai inteso in senso reciproco.

Ma non è in questo senso che di seguito mi muoverò, perché si tratta in quei casi di tematiche di diritto sostanziale che semplicemente toccano il giudizio in quanto oggetto di contenzioso. Mi interessa piuttosto considerare come la clausola generale della buona fede e dell'affidamento abbiano operato su talune categorie processuali, sia nel senso di limitare l'accesso alla tutela che nel senso di ampliare le garanzie processuali della parte. In ambo le circostanze, peraltro, vi sono state delle profonde conseguenze nella rimodulazione del “difficile rapporto fra giudice e legge”.

Nelle pagine che seguono, quindi, dopo avere ripercorso in breve le tendenze che negli ultimi decenni hanno visto l'affermazione di un preciso concetto di buona fede processuale, più come abuso del processo che come abuso nel processo, attraverso soprattutto la teoria della meritevolezza della tutela richiesta, indagherò proprio i *Fallgruppen* principali che si sono delineati dinanzi al giudice amministrativo: l'abuso per omissione, sopra richiamato, e soprattutto la violazione della buona fede e correttezza nella forma del *venire contra factum proprium*, o nei rapporti fra procedimento e processo o fra diversi gradi di giudizio.

Considererò quindi un altro aspetto di delicata tensione nel rapporto legge/giudice, ma anche giudice/amministrazione, negli ultimi anni emerso anche con riguardo a un altro profilo relativo ai rapporti fra buona fede, declinata

come affidamento, e poteri del giudice amministrativo. Mi riferisco al tema della modulazione degli effetti delle sentenze del giudice amministrativo, spesso intrecciato se non confuso con la questione del *prospective overruling*, che ha dato luogo a una serie di importanti questioni, ancora molto aperte.

Concluderò indicando la struttura di fondo di tali argomentazioni, fondata a mio giudizio sulla governamentalità neoliberale che tuttora pervade le strutture di pensiero anche – se non soprattutto¹ – della nostra giurisprudenza, da cui discende una inedita forma di processo “politico”², in cui si hanno improprie commissioni fra procedimento e processo amministrativo, che snaturano la logica liberale del *judicium* soggettivo e di parti.

2. Buona fede e modello ordoliberal: la teoria dell’abuso

Comunemente si afferma che la vera teoria dell’abuso del diritto, nella sua accezione moderna, nasca in Francia alla fine del secolo diciannovesimo, in materia di proprietà, senza alcuna base legislativa, ma come istituto di matrice giurisprudenziale volto ad avvalorare una concezione relativistica della proprietà, specie nel campo sempre più problematico – per l’epoca – dei rapporti fra proprietà e industria nascente.

Già in quel contesto, peraltro, oltre a costituire un aspetto del discorso sulla funzione sociale della proprietà, le opinioni avverse all’ammissibilità del principio hanno fatto leva sul rischio di un attentato alla certezza del diritto, preludio di un *gouvernement des juges*.

Dunque: il tema dell’abuso come aspetto dell’intramontabile questione problematica dei rapporti fra legge e giudice.

Leggendo di recente le belle pagine di *Vite che non sono la mia* di Emanuele Carrère³ ho ripensato a queste mie affermazioni di qualche anno fa⁴, ma so-

1 Cfr. R. CAPONI, *Specialismo e politica nella scienza giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 351 ss.

2 A. PANZAROLA, *Considerazioni sul c.d. processo politico*, in *Judicium*, n. 3/2021.

3 E. CARRÈRE, *Vite che non sono la mia*, Milano, 7° ed., 2019.

4 Mi riferisco ai seguenti lavori: G. TROPEA, *L’abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015; ID., *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1262 ss.; ID.,

prattutto al fatto che, al solito, la letteratura ha accesso a strutture del mondo, anche giuridico, sottratte allo studioso, che sinora non ha inciso particolarmente sulla giurisprudenza.

In particolare, l'attenta descrizione del lavoro del giudice di prima istanza Étienne che combatte la logica liberale della libertà dei contratti a tutela dei piccoli consumatori mi ha fatto pensare che a poco serve addurre ragioni contro la logica della buona fede che si fa abuso, del diritto e quindi del processo⁵, a fronte di invarianti che eccedono l'ermeneusi dei concetti per accedere, evidentemente, alla più alta sfera della "struttura".

E a proposito della nota categoria marxiana, mi sono chiesto, a questo punto, se non sussistesse un argomento più strutturale e di fondo a sostegno della curvatura della buona fede processuale nel senso dell'abuso, tuttora molto praticata dal giudice amministrativo, e ho trovato una possibile risposta nella persistenza del modello ordoliberal, nel quale il giuridico non è sovrastruttura dell'economico, ma dà a quest'ultimo forma⁶ trovando nel giudice, anche am-

(In)certezza del diritto e Stato giurisdizionale: il caso dell'abuso del diritto e del processo (riflessioni a margine di V. Omaggio, *Saggio sullo Stato costituzionale*, Torino, 2015), in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 1063 ss. Rinvio a questi saggi per più ampie e precise indicazioni bibliografiche, che ometterò per snellezza nel presente testo, riservandole alle sole sopravvenienze dottrinali e giurisprudenziali essenziali.

5 Oltre ai miei lavori citati alla nota precedente si v., fra i tanti, G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1 ss.; G. VERDE, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1085 ss.; R. VILLATA, *La giurisdizione e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.

6 Sul tema, da ultimo, G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, I tematici - Contratto, Milano, 2021, 583 ss., spec. 594. Cfr. anche A. SOMMA, *Private Law as Biopolitics: Ordoliberalism, Social Market Economy, and the Public Dimension of Contract*, in *Law & Contemp. Probs.*, 2013, 105 ss.; R. FORNASARI, *Crépuscule des idoles. De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, in *European Review of Private Law*, 2019, 4. Con specifico riguardo al tema delle sopravvenienze contrattuali nella crisi da Covid-19, v. E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ.*, 2020, 242 ss. Contestualizza la questione fra le influenze dell'ordoliberalismo, M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 893 ss. A. SOMMA, *Economia sociale di mercato vs. giustizia sociale*, in www.astrid-online.it, il quale collega pure il divieto di abuso del diritto all'ambiente ordoliberal nell'ambito del diritto comunitario dei contratti, considerato fortemente «amministrativizzato» (28); si legga il seguente passo: «"Giustizia contrattuale costituisce un'espressione che, secondo alcuni, è antitetica rispetto ai valori espressi dal mercato: "quando il diritto tenta di controllare il contenuto dei contratti, la regolamentazione giuridica comincia ad andare contro la corrente delle forze di mercato". Ciò non corrisponde al vero. Nel mercato «contano i flussi complessivi e non gli apporti individuali» e da questo punto di vista, come abbiamo visto, la riflessione ordoliberal costitui-

ministrativo, un fedele attuatore di tale paradigma, con l'impiego della collaudata logica dei *Fallgruppen*, dalla quale desumere modalità di esercizio del diritto d'azione contrarie a buona fede⁷. In tal senso, come è stato rilevato in un'indagine comparata, volta soprattutto a riscontrare degli omologhi all'abuso nel diritto nordamericano a cavallo fra Otto e Novecento, si può avanzare l'ipotesi che l'abuso, lungi dall'essere un'arma rivoluzionaria funzionale ad un uso alternativo del diritto sia, al contrario, una "strategia difensiva" di un determinato settore, volta a mantenere gli assetti oggettivi del sistema rispetto agli "attacchi" esterni provenienti da nuove esigenze socio-economiche. Discorso non dissimile, come noto, ha riguardato la clausola di buona fede, vista da una certa dottrina (specie post-marxista) come regola funzionale alla preservazione del mercato e dello stesso ordine individualistico, tacciando di ingenuità il convincimento diffuso che porta a ritenere che la buona fede equivalga a socialità.

Fra i civilisti la questione, che si era ravvivata nel 2009 col noto caso Renault e la sentenza della Cassazione sull'abusività del recesso *ad nutum* contrattualmente attribuito alla società francese, è tornata di estrema attualità con la sentenza della Cassazione del 14 giugno 2021, n. 16743, questa volta su abuso omissivo e *Verwirkung* nell'ipotesi di protratta inerzia nell'esigere un credito relativo a canoni di locazione⁸.

sce un modo di condizionare l'attività dei singoli operatori in funzione di un modello di giustizia ricavato da un certo modo di concepire le relazioni economiche. Possiamo dire che il modello in discorso attiene alla giustizia contrattuale e non anche alla giustizia sociale, ovvero che considera la redistribuzione della ricchezza attraverso il contratto un effetto mediato, desiderabile solo nella misura in cui alimenta l'ordine del mercato. Diversa è invece la situazione in cui la redistribuzione in discorso costituisce la preoccupazione prima dell'ordinamento, in funzione della quale strutturare il mercato. Anche questo è un modo di rappresentare la differenza che corre, rispettivamente, tra la buona fede ordoliberale e la buona fede solidale» (42). Per una colta e ironica indagine apologetica sull'effettiva virtù del contratto e dell'impresa a perseguire l'ottimo paretiano, in una prospettiva ordoliberale, cfr. F. D'ALESSANDRO, *Il mantello di San Martino, la benevolenza del birraio e la ford modello T, senza dimenticare Robin Hood (divagazioni semi-serie sulla responsabilità sociale dell'impresa e dintorni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 409 ss. *Contra* U. MATTEI, *Social Justice in European Contract Law. A Manifesto*, in *European Law Journal*, 2004, 653 ss.

⁷ S. HABERL-A. SOMMA, *Sciogliere l'individuo nell'ordine economico. L'abuso del diritto nell'esperienza tedesca*, in *Ricerche giuridiche*, 2016, 223 ss., spec. 238.

⁸ Sui commenti a questa sentenza v. *infra*. La buona fede è sempre al centro dell'attenzione del civilista. Si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, al molto analitico saggio recente di A.

3. Crisi della fattispecie e abuso del diritto d'azione

Queste vicende rispecchiano perfettamente il fenomeno contemporaneo della “crisi della fattispecie”, descritto da Irti in pagine di limpida chiarezza, ove si mostra come il valore (ad esempio, proprio la *solidarietà*) non abbia bisogno di fattispecie, di qualche figura o rappresentazione dei fatti, poiché vale in sé, e si applica dovunque sia invocato e preteso.

Sul piano metodologico e dogmatico, tali tendenze sono probabilmente dovute all'intersecarsi di due aspetti fondamentali: 1) l'adesione alla tesi della separazione “forte” tra principi e regole; 2) l'adesione, altresì, a una teoria moderatamente cognitiva dell'interpretazione, che a sua volta è influenzata da una meta-etica oggettivista, derivante dall'adesione al neocostituzionalismo.

Seguendo questa linea metodologica l'abuso è stato configurato come problema interpretativo che ha a che fare con una particolare – e controversa – forma di analogia, che sovente opera in funzione “disapplicativa” della regola positiva.

Il richiamo a criteri di etero-integrazione del diritto (economia, morale, etc.) favorisce una profonda incertezza ed aleatorietà, mentre: a) il richiamo ad altre clausole generali (es. buona fede, correttezza) rischia di fare dell'abuso un'inutile superfetazione, portando peraltro la questione sul piano delle modalità di esercizio del diritto, dunque del comportamento fonte di illecito e di responsabilità; b) non è detto che il richiamo a principi, anche se positivizzati, possa essere risolutivo, là dove le regole che finiscono per essere disapplicate possono essere a loro volta manifestazione di altri principi.

ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Europa e diritto privato*, 2021, 31 ss., dove una serie di distinzioni con l'abuso del diritto e una presa di posizione sorvegliata sulla possibilità di ricorrere alla *naturalis aequitas* e alla solidarietà costituzionale per integrare il contratto.

Peraltro, quando ciò avviene, probabilmente abbiamo varcato la soglia dell'interpretazione e l'abuso finisce per essere uno strumento argomentativo utile per giustificare quello che in realtà è un bilanciamento.

Il discorso si fa più critico, se possibile, considerando l'ambito dell'abuso dei diritti fondamentali.

Se tra essi poi collochiamo anche l'esercizio del diritto d'azione, evidentemente quanto appena detto rende ulteriormente problematico il tutto, per le seguenti peculiarità: a) caratteri dell'azione e suoi rapporti con la pretesa sul piano sostanziale; b) aspetti "strutturali" relativi alle modalità di esercizio dell'azione; c) valore delle regole processuali e loro statuto costituzionale con riguardo alla riserva di legge processuale di cui all'art. 111 Cost.; d) più in generale, portata reale del giudizio di bilanciamento che si attua attorno all'art. 111 Cost. ed alla clausola generale "giusto processo", dovendosi in essa ricomprendere non soltanto la ragionevole durata e l'uso efficiente di risorse scarse, ma altresì principi-valori quali l'effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, oltre che l'imparzialità, la parità delle parti, l'indipendenza e la terzietà del giudice.

Inoltre, nel nostro caso l'abuso non opera come criterio di controllo di un potere, privato o pubblico che sia, né è qui conferente la prospettiva di indagine del sindacato della Cassazione sulle clausole generali. Quando si parla di abuso del processo si ha a che fare con una clausola generale che opera, invece, in potenziale compressione di diritti fondamentali (artt. 24 e 113 Cost.).

Emblematica di tale differenza è la diversa modalità di inquadramento del principio di proporzionalità, che non viene impiegato tanto come strumento ispirato al rafforzamento delle garanzie a favore degli amministrati innanzi all'esercizio del potere pubblico, ma nella diversa prospettiva "orizzontale" del bilanciamento, fra un diritto fondamentale (diritto d'azione) e un interesse pubblico (giusto processo nella sua declinazione in termini economico/efficientistici). Riecheggia qui l'ottica dell'utilitarismo di Bentham, nel quale la proporzionalità andava di pari passo con l'impianto utilitaristico e la dimensione

“quantitativa” dell’interesse generale finiva per fagocitare quella “qualitativa” della tutela giudiziaria individuale⁹. Non è un caso che Bentham sia stato considerato cruciale nella riconversione immunitaria cui categorie moderne come quella della libertà hanno affidato la propria sopravvivenza, realizzando così l’interpretazione biopolitica del liberalismo messa in luce da Foucault: nella misura in cui non può limitarsi alla mera enunciazione della libertà, ma implica l’organizzazione delle condizioni alle quali questa risulta possibile, esso entra in contraddizione con le proprie premesse¹⁰.

Il neo-costituzionalismo “irenico” di pur autorevole dottrina, che svaluta il principio di certezza del diritto, in quanto “mitologia giuridica” della modernità statualista, sembra, quindi, eccessivamente semplificante, là dove tende a considerare la centralità della creatività giurisprudenziale in modo unidimensionale (a sola tutela del cittadino), trascurando dinamiche invece funzionali alla riduzione delle garanzie, sicché appare ancora attuale – pur nelle nuove coordinate dello Stato costituzionale di diritto – una difesa del suddetto principio.

4. Abuso del processo e prevalenza del principio sulla regola

Il richiamo effettuato *in limine* al principio di buona fede e alla rinnovata attenzione alle clausole generali e ai principi costituzionali marcatamente impiegati in chiave di *Drittwirkung* presso i civilisti consente di effettuare talune precisazioni sul principio di buona fede processuale.

La lettura costituzionalmente orientata, infatti, è chiaramente debitrice di quella corrente dottrinale che, sin dagli anni ’60, ha basato il suo discorso esegetico sulla portata del principio di buona fede, ancorandolo proprio alla rilevanza dei doveri di solidarietà di cui all’art. 2 Cost. Sennonché qui si perviene ad estendere il principio di buona fede oggettiva in ambito processuale, come naturale esito di un articolato percorso, che ha visto altresì il sempre più diffu-

9 A. PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la «proporzionata justice»*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1485.

10 R. Esposito, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004, 74.

so impiego della clausola di buona fede nell'ambito del diritto pubblico. E in effetti il riferimento all'art. 2 Cost. è molto frequente nella giurisprudenza degli ultimi anni che, talora in alternativa, più spesso assieme, richiama altresì l'abuso del processo¹¹.

Uno dei molti problemi che si configurano sul punto è se nella “topografia del conflitto” occorra comprendere, accanto alla versione efficientista del giusto processo discendente come detto dal novellato art. 111 Cost., quella moralizzatrice che, proprio attraverso il rinvio all'art. 2 Cost., tende a dare nuova linfa all'art. 88 c.p.c. riguardante i doveri di lealtà e probità incombenti su parti e difensori.

Ovvero, addirittura, ritenere possibile svincolare l'art. 88 c.p.c. da una mera utilizzazione “endoprocessuale”, estendendolo anche agli atti introduttivi del processo. Il problema, al fondo, riguarda i rapporti fra buona fede (processuale) e clausola dell'abuso del processo.

Sotto questo importante profilo, bisogna osservare come il dibattito si sia svolto soprattutto in relazione alla giurisprudenza riguardante il frazionamento del credito, tema molto dibattuto sul quale qui non ci si può soffermare. La dottrina maggioritaria, a differenza della meno sorvegliata giurisprudenza, tende correttamente ad escludere sovrapposizioni fra abuso del processo e buona fede processuale. Si osserva come sia discutibile schiudere l'art. 88 c.p.c. a margini di impiego non “endoprocessuale”. Il principio di buona fede, che peraltro si trova a livello più elevato rispetto alla stessa clausola di lealtà e probità di cui al l'art. 88 c.p.c., non sarebbe quindi adeguato nel fornire una definizione di abuso del processo, vista anche la sua indeterminatezza e vaghezza.

11 Sull'uso promiscuo di queste categorie v., da ultimo, M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., 903-904, il quale precisa che si tratta di norme diverse: norme relazionali (obbligo di buona fede) e norme relative all'esercizio del diritto soggettivo (divieto di abuso del diritto).

Quando si passa all'abuso del processo, infatti, i problemi che abbiamo già trovato con riguardo al dibattuto tema dell'abuso della libertà contrattuale, si complicano ulteriormente.

Sembra corretto, quindi, tener ferma la seguente distinzione: quanto al diritto d'azione, esso può riguardare o la causa dell'esercizio (meritevolezza) della medesima (c.d. abuso del processo) o le modalità d'esercizio (c.d. abuso nel processo).

Si è quindi proposto di distinguere fra buona fede nel processo e (applicazione del principio) proporzionalità nel processo, evidenziando le distinte conseguenze sanzionatorie: in termini di illiceità/responsabilità nel primo caso, di invalidità/inefficacia nel secondo.

Non solo. Qui è opportuno richiamare pure la distinzione fra abuso in senso oggettivo e abuso in senso soggettivo.

Nel primo caso si prendono in considerazione gli effetti prodotti dal comportamento che si ritiene abusivo, per verificare se essi entrino in contrasto con i valori generali relativi all'amministrazione della giustizia. Nel secondo caso, invece, si tende più facilmente a sovrapporre abuso e buona fede; senonché, salvo norme espresse (es. art. 96 c.p.c., art. 26 c.p.a.), appare difficile richiamare la buona fede in ambito processuale anche perché la volontà e i suoi vizi non sono rilevanti, generalmente, nel processo.

Insomma, dalle considerazioni sinora riportate pare potersi dedurre che nella "topografia del conflitto" sia più corretto ricomprendere il solo confronto fra art. 24 ed art. 111 Cost., nella sua dimensione efficientistica legata alla ragionevole durata del giusto processo, inteso come servizio pubblico, più che nel senso tradizionale di funzione. Abbiamo quindi a che fare con una progressiva centralità dell'abuso del processo, più che nel processo, e dell'abuso in senso oggettivo, più che soggettivo, nel quadro dei valori generali della giustizia civile e amministrativa.

Se tale tendenza da un lato semplifica i problemi, riducendo l'area della "topografia del conflitto" ed escludendo tendenzialmente sovrapposizioni fra buona fede ed abuso del processo, lasciando alla buona fede processuale l'area relativamente più tranquillizzante (in quanto sovente positivizzata) dell'abuso nel processo e delle relative sanzioni, dall'altro li complica notevolmente, aprendo la porta a letture costituzionalmente orientate che portano con sé delicate, e spesso controvertibili, operazioni di bilanciamento – fondate sul principio di proporzionalità – e di conflitto inter-valori.

Siamo nel cuore dell'abuso modernamente inteso: ma il rischio è che si tratti di un "cuore di tenebra", anche in chiave di politica del diritto. Mi riferisco alla controversa tesi della "meritevolezza" della tutela richiesta.

5. La tesi della meritevolezza della tutela richiesta

Si è declinata la nozione di interesse ad agire correlandola al principio di buona fede, e più in generale al divieto di abuso del diritto, *sub specie* di "meritevolezza della tutela richiesta". Si è sostenuto, da parte di Ghirga, che l'art. 100 c.p.c. non solo allude all'esigenza che l'affermazione della lesione del diritto trovi soddisfazione nel provvedimento richiesto al giudice, ma altresì consente – in una lettura di tale norma coordinata con i principi dell'equo processo (art. 6 Cedu e art. 111 Cost.) – di scrutinare la "causa" della domanda giudiziale come concretamente proposta (ossia, appunto, la meritevolezza), sanzionando con l'inammissibilità le ipotesi in cui tale "causa" evidenzia che l'attore sta abusando del diritto d'azione.

Si tratta di una tesi non nuova.

Si deve ad una opera di Schönke il collegamento tra il bisogno di tutela giuridica e lo scopo del processo. Quest'ultimo, collettivisticamente ricostruito in aperta polemica con la tradizionale concezione liberale, faceva del concetto di "meritevolezza della tutela" una categoria elastica e sfuggente (anche al di là degli estremismi della giurisprudenza nazionalsocialista), attraverso la quale il

giudice avrebbe potuto negare tutela a condotte considerate teleologicamente non congrue rispetto allo scopo attribuito al processo.

La tesi di Ghirga ha ricevuto tanti rilievi critici in dottrina quanti consensi in giurisprudenza

Intanto, si è ancora evidenziata la difficile intercambiabilità fra buona fede ed abuso del diritto, spesso fonte di fraintendimenti.

Poi, si è messo in luce il problema dell'aleatorietà della clausola generale "abuso del processo", e quindi la sostanziale perdita di certezza, ed il rischio di autoritarismo giudiziario e di inammissibile sacrificio del diritto di difesa in nome di esigenze tenuamente connesse all'amministrazione della giustizia.

Questo è un punto molto importante, che mostra come sia forse opportuno provare a teorizzare criticamente alcune derive del ruolo del giudice nello Stato costituzionale che, evidentemente, non vanno solo a toccare i rapporti legge/giudice (ergo: legislazione/giurisdizione), ma anche, e sempre più, giudice/contratto (ergo: giurisdizione/de-giurisdizionalizzazione), con una progressiva predominanza, nello Stato neoliberista, della giustizia "degiurisdizionalizzata", o "degiuricizzata", o "contrattuale"¹².

A tale aspetto si collega il suggestivo "mantra" della giurisdizione come "servizio pubblico" e non più "funzione pubblica" tradizionale (tesi che già in sé sarebbe discutibile, in quanto in senso molto lato anche la difesa e l'ordine pubblico sono "servizi" rivolti al cittadino, ma di essi non si mette in dubbio il carattere di "funzione"), che svela un uso fuorviante di un concetto che – solo apparentemente – si rivela in linea con i diritti costituzionalmente tutelati del cittadino, portando, al contrario, come conferma l'insistito richiamo al princi-

12 Cfr. A. GARAPON, *La raison du moindre Etat. Le néolibérisme et la justice*, Paris, 2010, trad. it., *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, a cura di R. Sabato, Milano, 2012. Sul modo in cui il giudice ordoliberal riscrive il contratto a tutela di interessi generali e a scapito dell'autonomia privata v., con riferimento al tema che non sarà qui approfondito della nullità, cfr. V. BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Europa e diritto privato*, 2021, 553 ss.; S. PAGLIANTINI, *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in ID., *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 22 ss.

pio di proporzionalità, alla diversa (e temibile) prospettiva “orizzontale” del bilanciamento, fra un diritto fondamentale (diritto d’azione) e un interesse pubblico (giusto processo nella sua declinazione in termini “economico/efficientistici”). Una “truffa delle etichette”, verrebbe da dire, un po’ come si è verificato, *mutatis mutandis*, qualche anno fa quando alcune correnti dottrinali, fondandosi sul carattere (asseritamente) aperto dell’art. 2 Cost., hanno teorizzato un inedito (almeno per la nostra tradizione) “diritto alla sicurezza”, con le ricadute negative che ciò ha avuto nelle discutibili applicazioni dei principi di sussidiarietà – verticale e orizzontale – che hanno fondato le politiche pubbliche della sicurezza negli ultimi anni, non solo in Italia.

Come ha osservato Michele Taruffo, in questo modo il legislatore abdica a quello che sarebbe il suo compito fondamentale di bilanciamento tra i diversi valori del sistema, tra cui la ragionevole durata del processo, lasciando ai singoli giudici il potere di sostituirsi arbitrariamente allo stesso legislatore in nome di principi spesso vaghi e generici, come quello dell’economia processuale o dell’efficienza del processo, che ogni singolo giudice sarebbe libero di scegliere e di interpretare in base alle sue individuali preferenze.

Un’acuta analisi critica ha altresì messo in luce come la ricostruzione in esame, oltre a fare un uso disinvolto ed inaccettabile dell’interpretazione costituzionalmente orientata, radicalizzi ed esaspera la strumentalità del processo rispetto al diritto privato sostanziale, segnando così un’involuzione nello studio dell’azione e dei suoi rapporti con il processo. Altri osservano come non possano omologarsi abuso del diritto e abuso del processo, poiché il processo è materiato di istanze e di atti che hanno per destinatario il giudice, prima che la controparte.

Sul punto, poi, nel criticarsi la possibilità che i tradizionali principi di giustizia procedimentale, con la cultura delle garanzie che vi si riallacciano, siano dissolti nella «invadente e dispotica» dimensione sostanziale, si richiama la prospettiva benthamiana, utilitarista, diretta ascendente della governamentalità

neoliberale che tuttora pervade le strutture di pensiero anche della nostra giurisprudenza, in base alla quale non debbono esistere in ambito processuale diritti delle parti, giacché tutti i diritti (ed obblighi corrispondenti) fanno parte del settore del diritto sostanziale.

6. L'apporto della giurisprudenza

Veniamo alla diversa traiettoria della giurisprudenza, ormai fortemente pervasa dell'argomento della meritevolezza della tutela e dello scrutinio della causa in concreto nell'esercizio dell'azione.

Basti pensare a una nota sentenza della Cassazione, sez. III, 3 marzo 2015, n. 4228, che ha dichiarato inammissibile un'azione esecutiva finalizzata ad ottenere soddisfazione per cifre minime. Si trattava di un procedimento avviato per un'esecuzione presso terzi per un debito iniziale di oltre 17 mila euro, poi estinto dal debitore; il ricorrente lamentava il mancato pagamento degli interessi sulla somma (circa 34 euro), maturati nei 15 giorni trascorsi dalla notifica del precetto al saldo. A fronte della tesi della difesa del creditore, il quale sosteneva che «nessuna norma autorizza il giudice ad eliminare un credito qualunque ne sia l'entità», la Cassazione utilizza la nozione di abuso del processo, già affermata in tema di frazionamento del credito relativo ad un unico rapporto, richiama i principi di buona fede e correttezza e i doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., il processo giusto di durata ragionevole di cui all'art. 111 Cost., e per questa via finisce per introdurre un inedito ed aleatorio “filtro” alle richieste di tutela, basato sulla “non meritevolezza” di questa in ipotesi di cause “bagatellarie”.

Una simile impostazione di fondo è presente ormai nella giurisprudenza amministrativa sulle condizioni dell'azione¹³.

13 Cons. St., sez. VI, n. 8222/2021; Cons. Stato, sez. IV, 27 febbraio 2018, n. 1188; Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563; Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 441.

Si ritiene ormai correntemente che si debba tener conto della funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo; in particolare il c.d. titolo e l'interesse ad agire, assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli artt. 24 e 111 Cost. Tale scrutinio di meritevolezza, costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio al fine di approdare attraverso la riduzione dei tempi della giustizia ad un processo che risulti anche giusto.

Si consideri, *per incidens*, come tale giurisprudenza venga oggi tenuta presente nell'acceso dibattito sulla legittimazione a ricorrere, con una serie di annesse criticità¹⁴.

In modo sempre più ricorrente si ritiene infatti la legittimazione un vero e proprio diritto civico alla legalità amministrativa quale espressione di sussidiarietà orizzontale.

Ma poi tali impostazioni si diversificano, proprio con riguardo al modo in cui la tesi sulla legittimazione intreccia il tema della meritevolezza della tutela e dell'abuso. C'è chi¹⁵ supera possibili rilievi rispetto al rischio di sovraccarico

14 Cfr. *infra*, cap. X, parte IV.

15 B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020. Secondo questo autore nell'art. 118 Cost. si avrebbe sia un modello di allocazione delle competenze (ultimo stadio di un percorso democratico di oggettivizzazione dell'amministrazione) sia un modello di giurisdizione avverso il potere esecutivo. A me pare che tali operazioni di estensione della legittimazione, lungi dal configurarsi come sublimazione della sovranità della persona, siano in realtà, e al contrario, una celata forma di compressione del principio democratico: se non adeguatamente circoscritta, l'estensione della legittimazione a ricorrere

del contenzioso, derivante dall'estensione della legittimazione ivi configurata, utilizzando come selettore proprio la teoria della “meritevolezza della pretesa”¹⁶, *sub specie* di abuso del processo, argomento come detto a sua volta controvertibile, limpido esempio di un'argomentazione per principi che finisce per svilire la regola processuale alla luce di un bilanciamento in cui non si ha un gioco “a somma zero”, ma che vede sempre vincere la ragionevole durata del processo, non a caso inteso come “servizio pubblico”, sull'effettività e pienezza della tutela. In tal senso in giurisprudenza possono leggersi alcuni passaggi della Plenaria n. 22/2021, nella parte in cui essa limita l'accesso al giudizio amministrativo, non accontentandosi della mera *vicinitas*, anche per evitare ricorsi meramente “emulativi”.

C'è chi¹⁷, al contrario, criticando in modo serrato le origini nazionalsocialiste della teoria della meritevolezza della tutela, vista come filtro per negare tutela tutte le volte che l'azione collida con «valori emergenti dal basso, che finiscono per diventare le regole ordinarie della comunità interpretativa», ammette solo una meritevolezza *in bonam partem*.

Senonché a me non pare che sia sufficiente ribaltare la prospettiva limitante della tesi della meritevolezza della tutela per renderla compatibile col sistema. Restano quindi ferme le criticità dell'approccio “principalista” di Gili-

può mettere in discussione il principio della divisione dei poteri, nella misura in cui la differenziazione non è operata in via eccezionale dal legislatore ma in via maieutica dal singolo giudice. Ciò dimostra l'avvento di una «democrazia impolitica» nella quale i rappresentanti eletti non sono in grado di prendere decisioni giuste, nel contesto di una generalizzata sfiducia verso l'amministrazione. Cfr. sul punto L. DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, 3 ss., che richiama P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, 2015.

16 Tale impostazione si avvicina a quella di M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. “Per una piena realizzazione dello Stato di diritto”*, Rimini, 2017, secondo il quale non esisterebbero interessi di mero fatto differenziabili da quelli legittimi, in quanto comunque la realtà operativa dell'interesse legittimo, concepito come figura soggettiva correlata non al potere, e quindi al principio di sovranità dell'ordinamento statale, ma al principio costituzionale di solidarietà sociale, è quella fattuale: tutti partecipano infatti all'attivazione del dovere di solidarietà sociale, che si colloca all'interno dell'ottica del divieto di abuso del diritto.

17 P.G. PORTALURI, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

berti, ed anzi forse si accrescono, nella misura in cui si evoca proprio la “cambiale di Forsthoff” e quindi si ha piena consapevolezza di certe derive del creazionismo giurisdizionale, a prescindere da quale strada imbocchino.

Una ormai ricorrente manifestazione più specifica di tale tendenza, nell'applicare di fatto la tesi della meritevolezza della tutela finisce per proiettare sul piano processuale l'esercizio considerato abusivo del diritto d'accesso¹⁸. Così, secondo una recente pronuncia «è ictu oculi evidente che il frazionamento della pretesa ostensiva del ricorrente - in disparte il suo carattere “massivo” e oggettivamente ostacolante l'ordinato corso della azione amministrativa - in una congerie di rivi processuali costituiti dai ben quattro giudizi che ne occupano, vale ad inverare una fattispecie paradigmatica di abuso della tutela giurisdizionale. In questa ottica, l'agere processuale del ricorrente si appalesa contrastante con il canone della buona fede e della correttezza, che rileva non solo sul piano sostanziale e/o procedimentale, ma anche su quello processuale, allorquando la iniziativa processuale sia parcellizzata in una pluralità di giudizi, senza una oggettiva e ragionevole giustificazione. E ciò anche nella vicenda *de qua agitur*, ove una tale parcellizzazione costituisce scaturigine in buona parte necessitata dal contegno serbato a monte ed ex ante dal ricorrente in sede procedimentale, in violazione dei principi generali di lealtà e solidarietà nei rapporti -cui massimamente dovrebbe improntarsi, peraltro, il comportamento del pubblico dipendente - e del noto canone metodologico, per cui *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*. Gli obblighi di buona fede e correttezza che devono sempre e comunque informare la condotta dei soggetti avvinti da un rapporto giuridico, e massimamente dei soggetti legati da un rapporto di pubblico impiego, si dispiegano con continuità anche nella (eventuale) successiva fase giurisdizionale, costituente il segmento finale del rapporto e del contatto *inter partes*. Di talché, le iniziative processuali, la meritevolezza e l'ammissibilità dell'interesse che le sostiene, vanno scrutinate anche in forza dell'apprezzamen-

¹⁸ Tar Campania, n. 796/2021.

to degli antecedenti comportamenti e/o manifestazioni di volontà posti in essere dalle parti».

Sennonché, mentre nel diritto sostanziale esistono una serie di riferimenti normativi volti a sanzionare l'esercizio massivo e generalizzato delle istanze di accesso, anche con riguardo a quello civico, così non è per la norma processuale. Inoltre, mentre la violazione del diritto sostanziale si riflette nel rimedio inibitorio alla fondatezza del ricorso avverso il silenzio, l'esercizio in sé e per sé dell'azione nel diritto processuale può essere sanzionato esclusivamente sul piano del comportamento processuale della parte, dunque con lo strumento della condanna spese. Andando oltre questi limiti, anche in questo caso pare che il giudice amministri più che giudicare, specie nei passaggi in cui si afferma che con l'esercizio dell'azione ostensiva si intaccherebbe il buon andamento della p.a.

7. L'abuso del diritto e del processo amministrativo

Tali dinamiche, quindi, approdano progressivamente (e ineluttabilmente, in quanto generali) nel diritto e nel processo amministrativo.

L'abuso del processo può essere innanzi tutto proiezione dell'abuso del procedimento e degli obblighi di collaborazione che gravano non solo sulla p.a., ma anche sui privati.

La questione è stata già oggetto di ampi approfondimenti in dottrina, dove il principio di collaborazione procedimentale è stato inquadrato nell'ottica dei principi di correttezza, buona fede oggettiva, solidarietà, ed è stato quindi utilizzato per risolvere varie problematiche applicative, dalla responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione alla patologia del provvedimento amministrativo.

È stato soprattutto il principio di autoresponsabilità, con le sue connotazioni bilaterali, a consentire alla giurisprudenza una modulazione d'impiego ora dalla parte del privato ora da quella dell'amministrazione, relativa e variabile a

seconda dei tempi e dei contesti. Emblematico il suo uso in connessione con l'istituto del soccorso istruttorio: se nei procedimenti tradizionali si afferma che in base all'autoresponsabilità chiunque intrattenga rapporti con l'amministrazione sopporta le conseguenze di errori grossolani, che si sarebbero potuti evitare con la media diligenza, e quindi non può essere beneficiario di soccorso istruttorio, nei procedimenti concorsuali integralmente digitalizzati si è iniziato ad affermare che in tali casi vigerebbe una autoresponsabilità dell'amministrazione che rende doveroso il soccorso istruttorio¹⁹.

In giurisprudenza, poi, si è ad esempio affermato che sussisterebbe un obbligo di non contraddizione in capo al privato, posto che il principio di autoresponsabilità vige in ogni rapporto comunicativo che il cittadino intrattenga con l'amministrazione, sicché esso può comportare l'inammissibilità del ricorso in sede giurisdizionale per acquiescenza preventiva al provvedimento impugnato.

In base ad una non dissimile impostazione si è ritenuto che, anche in applicazione dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990, il privato non potrebbe, in sede di impugnativa, proporre censure fondate su circostanze conosciute in precedenza e tuttavia mai adeguatamente rappresentate in sede di procedimento, pur essendosene avuta la possibilità.

Si è richiamata, in questi casi, l'antica figura romanistica dell'*exceptio doli generalis*, anch'essa oggetto di una recente riscoperta in giurisprudenza e in ampi settori della letteratura scientifica. Come detto, peraltro, anche questa figura in giurisprudenza viene accostata molto spesso alla buona fede ed all'abuso del diritto, senza approfondimenti dogmatici sul suo reale fondamento normativo.

Si pensi a un caso in cui si è dichiarata l'inammissibilità (per carenza di meritevolezza del sotteso interesse) di un ricorso mediante il quale il ricorrente censurava la legittimità della concessione edilizia rilasciata ai suoi vicini per ra-

19 Cons. Stato, sez. V, 1 luglio 2021, n. 5008.

gioni sulla cui base il Comune aveva rilasciato analoga concessione allo stesso ricorrente²⁰.

Questa duplice e speculare valenza della buona fede procedurale ha trovato rilevanti applicazioni, talora a danno del cittadino, talora a suo vantaggio, ma in entrambi i casi con esiti perplessi sul piano teorico.

Si pensi, innanzi tutto, al tema dei presupposti per l'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi. Una nota Adunanza Plenaria del 2017, la n. 8, ha ritenuto che, pur a fronte di un irrobustimento dell'onere motivazionale in capo all'amministrazione, il privato non vanti una posizione di legittimo affidamento se ha determinato il rilascio del provvedimento illegittimo attraverso una non veritiera prospettazione di circostanze di fatto e di diritto.

Secondo il giudice della nomofilachia, l'affidamento del cittadino deve essere protetto unicamente quando questi nel rapporto con l'amministrazione si sia comportato correttamente e va invece escluso quando l'abbia indotta in errore col proprio comportamento. Ora, da un punto di vista generale tale impostazione, invero sempre più pervasiva nel discorso giurisprudenziale contemporaneo (si pensi per tutti al tema della responsabilità), non appare in linea con quell'idea dell'affidamento caratterizzata dalla componente meramente oggettiva, andando invece a toccare il profilo soggettivo della buona fede di colui che ripone la propria fiducia nello stato di cose esistente.

A tale approccio si è risposto col richiamo al dato positivo e allo scenario teorico²¹. Quanto al primo aspetto si è notato come l'art. 21 *nonies*, comma 2 bis, L. n. 241/1990 confermerebbe, dopo la novella del 2015, che la componente soggettiva dell'affidamento possa venire in rilievo solo dopo che la "non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo" sia stata accertata con la sentenza penale passata in giudicato di cui appunto al comma 2 *bis*. Quanto al secondo,

²⁰ Tar Campania, n. 860/2007.

²¹ Su tali tesi cfr. G. TROPEA, *Autotutela in edilizia: a piccoli passi verso la legalità*, in *Giur. it.*, n. 3/2020, pagg. 650 ss.

bisogna osservare che l'interpretazione del principio della tutela del legittimo affidamento avanzata dalla Plenaria sarebbe condivisibile se nel diritto pubblico il principio di buona fede operasse all'interno di un rapporto paritario assimilabile in tutto e per tutto a un rapporto obbligatorio di diritto privato, il che tuttora non è, poiché persiste il carattere unilaterale del potere dell'amministrazione, che proprio per essere compatibile con lo Stato di diritto deve essere circondato da una serie di limiti e deve restare agganciato al principio di correttezza²².

È giusto quindi guardarsi da alcuni “falsi miti” della paritarietà ad ogni costo²³, che nei fatti hanno determinato una riduzione delle garanzie del privato nella misura in cui la “reciprocità procedimentale” del rapporto paritetico lo ha progressivamente gravato di oneri di diligenza e buona fede sovente effettivamente pesanti, anche nel rapporto fra procedimento e tutela processuale.

Si consideri poi, venendo alle ricadute in senso di maggiore tutela del privato, alla nota sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in un caso relativo a una procedura di A.S.N. alle funzioni di professore universitario di prima fascia ha fatto un importante balzo in avanti, evocando la

22 A conferma di ciò, si consideri la recente Cons. Stato, ad. plen., 5 agosto 2022, n. 10, secondo la quale il principio del legittimo affidamento non è né assoluto né inderogabile. Esso non può ritenersi sussistente, sulla base di tre step successivi, se: *i*) non sia decorso un tempo ragionevole lungo; *ii*) non vi sia una “causa normativa adeguata”, a sua volta consistente ad un interesse pubblico sopravvenuto (o anche in una “inderogabile esigenza”) di rilievo costituzionale (o che abbia riscontro in principio, diritto o bene di rilievo costituzionale); *iii*) non sia rispettato il principio di proporzionalità. Sulla base di tali principi la Plenaria statuisce che l'abrogazione dell'assegno *ad personam* vale pure per i membri laici del CSM.

23 Probabilmente alimentata da studi che teorizzano la conclamata crisi della dicotomia pubblico/privato e la necessità di ripensare i paradigmi dello Stato diritto. Basta scorrere le pubblicazioni degli ultimi anni, tra le quali emerge un'elegante analisi in senso genealogico della parabola moderna della grande dicotomia e le ragioni della sua persistente crisi³⁵, accompagnandola magari con analisi in senso sincronico. cfr. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020. V. anche A. DI MAJO, *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda*, in *Europa e diritto privato*, 2021, 778 ss. Per una critica alla dottrina che negli anni ha prefigurato una progressiva civilizzazione del diritto amministrativo, attaccando altresì taluni momenti di discutibile accondiscendenza nei confronti del giudice della giurisdizione, magari secondo quella logica confusiva della costruzione di un diritto “comune”, che, a ben vedere, sarebbe soltanto un cavallo di Troia del diritto amministrativo e della sua tradizionale anima garantista, cfr. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.

categoria tedesca della “riduzione” della discrezionalità amministrativa (anche tecnica), che può essere effetto di meccanismi sostanziali (es. autovincolo) o processuali (es. combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti, preclusioni istruttorie, etc.), nonché di una «insanabile frattura» del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, derivante da un «agire capzioso, equivoco e contraddittorio» della p.a. «che sia risultato lesivo del canone di buona amministrazione e dell'affidamento dei privati».

Una pronuncia di certo coraggiosa, improntata alla stella polare dell'effettività, ma non del tutto convincente in alcuni snodi argomentativi cruciali, fra cui il dispositivo con cui si ordina il rilascio dell'abilitazione alla ricorrente.

Si è osservato, ad esempio, che essa è criticabile nella misura in cui si giustifica una radicale sostituzione del giudice all'amministrazione in non chiarite ipotesi in cui la discrezionalità possa dirsi effettivamente consumata²⁴. Perché la “frattura del rapporto di fiducia tra p.a. e cittadino” diverrebbe insanabile solo dopo “tre giudicati di annullamento” e non, diversamente, dopo due o quattro? Altri ancora hanno evidenziato che al di là dei meriti della pronuncia sotto il profilo dell'effettività e pienezza della tutela, persistono ombre con riguardo a delicate tematiche quali il sindacato sulla cd. discrezionalità tecnica, specie nel settore delle abilitazioni scientifiche nazionali (non a caso il sindacato forte viene esercitato in una disciplina giuridica) nonché il (mancato, nel caso di specie) impiego di strumenti istruttori da parte del giudice²⁵. Insomma: l'obiettivo ultimo dell'effettività, traguardato attraverso un approccio empirico da *problem solving*, sconta il caro prezzo di persistenti forzature del dato normativo nonché dei delicati rapporti giurisdizione/amministrazione. L'effettività della tutela resta certamente centrale per la giurisprudenza, ma alla dottrina spetta un impor-

24 S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1171 ss.

25 F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 499 ss.

tante compito di segnalazione e controllo, affinché i rischi della «distorsione da desiderabilità sociale»²⁶ non determinino un'alterazione eccessiva del confine, sì mobile, ma a un certo stadio invalicabile, dell'assetto costituzionale tra Giudice e Amministrazione.

In tale contesto l'evocazione dei risvolti processuali della buona fede, attraverso richiamo a un "insanabile frattura" del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino appare francamente mero argomento retorico-rafforzativo, oggi ulteriormente rilanciato dal novellato art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990, che però nulla sembra aggiungere o togliere al ragionamento del giudice, come peraltro nella tradizione dell'abuso del processo.

Si tratta di una tendenza probabilmente figlia dell'argomentazione "topica" per *Fallgruppen*, propria dell'applicazione giurisprudenziale delle clausole generali, che però sovente finisce per essere fuorviante, abbinandosi peraltro al richiamo all'abuso del processo, che di per sé non è istituto (dell'ordine conformativo) ma argomento (dell'ordine valutativo) che agevola la disapplicazione della regola sulla base di principi, se non addirittura di più generici "valori".

Certo tale tendenza appare incoraggiata dalla recente riforma dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990 che, se non consente di ritenere accoglibile la tesi dell'acquiescenza preventiva di cui sopra si è detto, ha un serie di ricadute in termini di buona fede reciproca, che vanno dall'idea che inizia a diffondersi in giurisprudenza sul divieto in capo all'amministrazione di opporre al privato anche motivi ostativi comunque percepibili al momento dell'originaria istruttoria e non rilevati, alla tesi che il privato in giudizio non possa limitarsi a denunciare la mancata o completa comunicazione del preavviso di rigetto, ma sia tenuto altresì ad allegare gli elementi fattuali o valutativi che, se introdotti in sede procedimentali, avrebbero potuto incidere sul contenuto della decisione finale²⁷.

26 R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 369 ss.

27 Su tale giurisprudenza cfr. M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 595 ss. In generale, per un ampio commento alla novella, cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. II-1 La situazione giuridica a ri-*

Torniamo per questa via proprio alla tecnica dei *Fallgruppen*, vedendo come il richiamo alla buona fede e all'abuso del processo si manifesti, anche nella giurisprudenza più recente, nell'ambito essenzialmente di due macro-categorie fenomeniche: come divieto di *venire contra factum proprium* e come abuso per omissione (*Verwirkung*).

A loro volta tali comportamenti, contraddittori o omissivi, possono radicarsi o nella dinamica dei rapporti fra dinamica procedimentale e fase processuale (con le criticità sistematiche proprie del fenomeno del cd. processualprocedimento), ovvero collocarsi tutte all'interno del processo fra i vari stati o gradi di giudizio.

8. Il divieto di *venire contra factum proprium*

Il caso più importante di comportamento contraddittorio fra gradi di giudizio diversi è probabilmente rappresentato dalla vicenda dell'abuso del processo in tema di giurisdizione.

Come noto, i prodromi della questione si pongono con l'ardita elaborazione pretoria giudicato implicito in tema di giurisdizione: il “trittico” del 2008 delle Sezioni unite sull'art. 37 c.p.c., criticato da gran parte della dottrina civil-processualistica, se non per l'esito cui porta (la sostanziale abrogazione dell'art. 37), per le poco ortodosse modalità attraverso cui vi perviene.

Queste rilevanti tendenze sembrano espressione di una “politica” giurisprudenziale della Cassazione che, seppure non sempre percepita nella sua portata rivoluzionaria, finisce per impoverire il contenuto precettivo dell'art. 25 Cost., nella parte in cui prevede la garanzia del giudice naturale, sostanzialmente facendo diventare tale garanzia parte del principio secondo il quale il giudice deve essere “terzo ed imparziale”, poiché l'idea di fondo è che una decisione, quanto più rapida possibile, ci sia, a prescindere dal giudice che la rende.

lievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo, Torino, 2022, 7 ss.

Tali principi sono stati accolti dal legislatore proprio nella codificazione delle regole del processo amministrativo, come conferma l'art. 9 c.p.a., che a sua volta ha ricevuto una ulteriore riscrittura, questa volta da parte del giudice amministrativo, in una sorta di “staffetta manipolativa” con la Cassazione.

Se infatti il principio del giudicato implicito viene positivizzato dall'art. 9 c.p.a., non pare che in caso di riproposizione della questione di giurisdizione con atto di appello, la parte soccombente nel merito in primo grado violi l'art. 9 c.p.a. È necessario, quindi, “riscrivere” la norma con l'ausilio dell'argomento dell'abuso, qui nella forma del divieto di *venire contra factum proprium*²⁸.

Dipoi Cass., sez. un., n. 21260/2016 conferma l'orientamento del Consiglio di Stato, generalizzandone la portata, e nega quindi all'attore, soccombente nel merito, il potere di impugnare la sentenza al fine di denunciare la carenza di giurisdizione del giudice da lui stesso prescelto.

Viene anche qui richiamato l'argomento dell'abuso e del divieto di *venire contra factum proprium*, ma il richiamo all'abuso è accompagnato dalla tesi del doppio oggetto del giudizio, legata al tema, a sua volta opinabile anche se sicuramente più saldo dal punto di vista teorico, del giudicato implicito: l'accertamento della giurisdizione è un semplice “punto” della sentenza che non vale ad escludere la soccombenza rispetto al “capo” recante la statuizione sulla domanda proposta ma rappresenta un “capo” autonomo della stessa che, non solo se non impugnato passa in giudicato (come discende chiaramente dall'art. 9 c.p.a.), ma che più radicalmente impedisce di configurare una soccombenza sulla questione di giurisdizione in capo al ricorrente, soccombente nel merito.

Stesso ragionamento viene in seguito svolto in tema di competenza, secondo la logica incrementale dell'argomentazione per principi: il soggetto che ha proposto un ricorso al giudice individuato come competente, non può, soltanto dopo la pronuncia a sé sfavorevole, contestarne la competenza sia perché

28 Cfr. Cons. St., sez. V, n. 656/2012; Cons. Stato, sez. II, 2 dicembre 2020, n. 7628; Cons. Stato, Ad. plen. n. 19/2021.

tale condotta processuale integra un abuso del diritto di difesa, scaturente dal *venire contra factum proprium* e nel sistema vige un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, in cui si inserisce anche l'abuso del processo (che comporta tra l'altro la violazione del dovere di cooperazione per la realizzazione della ragionevole durata del processo sancita dall'art. 2, comma 2, c.p.a.), sia perché non vi è soccombenza in punto di competenza²⁹.

9. (Segue)

Vi sono poi recenti fattispecie di impiego a tutto campo del *Fallgruppen* del *venire contra factum proprium*, a conferma della seducente forza espansiva dell'argomento.

Di ciò troviamo riscontro nella letteratura più recente. Si pensi al caso della p.a. che ha dato il suo assenso in conferenza di servizi e poi impugni l'atto finale³⁰, e ad altre vicende sempre più frequenti nei conflitti fra enti³¹.

Anche la giurisprudenza non manca di offrire all'interprete nutrita casistica di perplessa sistemazione.

i) Aggiudicato un contratto relativo al servizio di gestione integrata di rifiuti solidi urbani, la società quinta classificata impugna il provvedimento di aggiudicazione e il propedeutico bando.

La società controinteressata propone ricorso incidentale volto all'esclusione della ricorrente. Inoltre, entrambe le parti resistenti eccepiscono l'irricevibilità del ricorso, per impugnazione non tempestiva del bando di gara, ritenuto illegittimo dal ricorrente per omessa adozione della relazione sulle ragioni della

29 Cons. St., sez. V, 3458/2021.

30 M. RENNA-S. VACCARI, *La proiezione processuale dei dissensi tra gli enti territoriali*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 677 ss.

31 Cfr. M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020; AA.VV., *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. Macchia, Napoli, 2019; M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 344 ss.; S. TRANQUILLI, *Il malum discordiae del potere amministrativo*, Napoli, 2022. Fra i cultori del diritto costituzionale cfr., da ultimo, B. LIBERALI, *Un processo bifronte. Stato e regioni davanti alla Corte costituzionale*, Torino, 2022.

scelta di affidamento con gara del servizio pubblico locale di rilevanza economica (ai sensi dell'art. 34, comma 20, d.l. n. 179/2012).

I giudici ritengono inammissibile il ricorso per abuso del processo: il motivo di ricorso inteso ad impugnare la scelta di affidare il servizio con gara non può essere proposto dal concorrente che abbia scelto di partecipare alla gara stessa³². Sul punto la sentenza si dilunga (al solito) in un *excursus* che riprende la nascita e l'evoluzione della nozione di abuso del diritto e del processo, richiamando la giurisprudenza della Cassazione in tema di esercizio frazionato dell'unico credito, i principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., ma avendo soprattutto in mente la sanzione di attività processuali in sé contraddittorie rispetto ad altre che le hanno precedute in quel medesimo giudizio, e in particolare il discusso divieto — per chi abbia introdotto una causa — di eccepire in appello il difetto di giurisdizione, divenuto ormai, come detto, *ius receptum*.

Senonché anche in tale caso l'abuso del processo mi pare introduca una limitazione al diritto costituzionale di agire in giudizio affidata al soggettivismo del singolo giudicante

Esso si rivela, una volta di più, come “pleonasma”, un ‘argomento’ (più che un ‘istituto’) meramente retorico-rafforzativo, impropriamente richiamato per risolvere il caso.

A prescindere dalla sussistenza, in caso di gara, dell'obbligo della relazione ex art. 34 d.l. n. 179/2012, a non convincere è la prospettata giustiziabilità della violazione di tale ipotetico obbligo in forma autonoma, ossia non assieme all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione. Il richiamo all'assenza di meritevolezza dell'interesse, relativo ad un'azione contraddittoriamente esercitata da colui che abbia partecipato alla gara, nasconde ciò che realmente manca nel caso di specie, ovvero l'interesse strumentale a ricorrere. Non già perché

³² Tar Lazio, sez. II-quater, 6 maggio 2020, n. 4742, con nota di G. TROPEA, *L'orizzonte degli eventi: quando l'interesse strumentale incontra l'abuso del processo...*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1113 ss.

quest'ultimo non sia "meritevole" di tutela, ma semplicemente perché la giustizia amministrativa è una giustizia soggettiva e di parti.

Qui l'interesse strumentale appare ancora più sfumato delle classiche fattispecie in cui fronteggia il ricorso incidentale escludente, poiché l'annullamento della procedura per la mancanza della relazione ben potrebbe determinare l'amministrazione all'affidamento del servizio senza gara, ovvero *in house*.

ii) Dopo l'annullamento del provvedimento del CSM volto alla nomina dei sei componenti togati nella Scuola superiore della magistratura, il Ministero della Giustizia (assieme al CSM) interpone appello, ivi eccependo per la prima volta la carenza di sua legittimazione passiva.

Secondo il Consiglio di Stato³³ l'amministrazione a cui è stato notificato un ricorso relativo all'impugnazione di un provvedimento che non è stato da essa adottato, qualora abbia un interesse obiettivo all'esito della lite per ragioni di ordine funzionale, di intreccio di competenze o di connessione tra procedimenti, deve eccepire il proprio difetto di legittimazione passiva in modo tempestivo.

Diversamente, anche in assenza di giudicato interno sulla questione, tale p.a. non potrà eccepire il proprio difetto di legittimazione passiva per la prima volta in appello, in quanto tale condotta integrerebbe un abuso del processo.

Al solito, anche in questo caso tramite l'argomento dell'abuso del processo si crea una regola per via giurisprudenziale in contrasto col principio di legalità processuale.

Nel caso in cui la parte pubblica (che per la natura multipla degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa ha un sostanziale cointeresse dal lato passivo) si costituisca nel giudizio di primo grado e si difenda nel merito senza chiedere la propria estromissione, si dà vita a un litisconsorzio processuale facolta-

33 Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2021, n. 330, con nota di L. De GAETANO, *Alcune riflessioni in materia di abuso del processo ed eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata in appello*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 432 ss.

tivo, in ragione del quale il difetto di legittimazione non può più essere eccepito in appello o rilevato d'ufficio.

E tuttavia il processo amministrativo conosce ipotesi di litisconsorzio passivo solo nel caso di impugnazione di concerti o atti complessi, nonché in presenza di controinteressati.

La sussistenza di un mero interesse nei confronti dell'esito del giudizio e/o il carattere di mera *denuntiatio litis* del ricorso notificato avrebbero al più consentito di qualificare il Ministero come interventore volontario adesivo *ad opponendum*³⁴.

iii) Si veda anche l'ipotesi del comportamento contraddittorio del ricorrente rispetto a una precedente istanza di condono, presentata dieci anni prima dalla società che ha trasmesso il diritto³⁵. Anche qui troviamo un'ampia argomentazione che mette disinvoltamente assieme buona fede e correttezza, *venire contra factum proprium*, abuso del diritto e del processo, meritevolezza dell'interesse.

iv) Nella più recente giurisprudenza troviamo una singolare applicazione dell'*exceptio doli generalis*, che di fatto tende a porsi come abrogante la fattispecie del ricorso incidentale escludente. Si è così affermato che l'impresa che contesta la violazione dei minimi sindacabili inderogabili nell'offerta dell'aggiudicataria, che a sua volta abbia indicato un costo della manodopera inferiore, violerebbe il generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e 1175 c.c. permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto.

Per questa via, si ritiene non necessario sollevare tale tipo di censura con ricorso incidentale escludente, tanto più che la questione in oggetto sarebbe comunque rilevabile d'ufficio³⁶. Tale impostazione, nel fare di nuovo disinvolto uso di argomenti principialisti, trascura di considerare che la legittimazione di-

34 Cfr. Tar Toscana, sez. III, 5 aprile 2019, n. 514.

35 Tar Campania, 5 maggio 2021, n. 2992.

36 Tar Liguria, sez. I, 20 febbraio 2021, n. 133.

pende dalla partecipazione ad una gara in forza di un provvedimento di ammissione, e quindi solo la presentazione di un ricorso consente al giudice di verificare se la partecipazione sia stata o meno corretta, con i conseguenti effetti sulla questione di rito che ne viene condizionata³⁷.

v) Quando il rapporto controverso si fonda su un provvedimento efficace della p.a., eccipirne da parte di quest'ultima l'invalidità per sottrarsi all'adempimento di obblighi che scaturiscono dalla sua esecuzione, comporterebbe una contestuale e concorrente lesione sia del divieto di *venire contra factum proprium* ex art. 1375 c.c., che dei limiti di legge che presiedono all'annullamento d'ufficio ex art. 21 *nonies* della l. 241/90³⁸.

Mi pare chiaro che in questo caso, lungi dallo scomodare abuso e buona fede processuale, si sarebbe potuto richiamare il consolidato orientamento secondo cui è inammissibile un ricorso incidentale della stessa amministrazione avverso un proprio atto, sussistendo all'uopo lo strumento dell'annullamento d'ufficio, da esercitarsi in presenza dei presupposti richiesti dall'art. 21 *nonies* legge n. 241/1990. Ciò a meno di non voler ritenere che anche in questo caso il richiamo al divieto di *venire contra factum proprium* non serva a rafforzare l'argomentazione giudiziale, rispetto a una disposizione come l'art. 42 c.p.a. che fa coltizza anche l'amministrazione resistente all'impiego del ricorso incidentale.

10. L'abuso per omissione (*Verwirkung*)

C'è infine l'importante fattispecie dell'abuso omissivo, nella forma della cd. *Verwirkung*³⁹. Qui si tocca il tema del valore giuridico dell'inerzia nell'esercizio del diritto protratta per un lasso di tempo significativo, non tale però da provocare l'estinzione della pretesa.

37 R. VILLATA, *Finale di partita?*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 840.

38 Tar Lazio, sez. II, 8 gennaio 2021, n. 257.

39 Sul tema, nella nostra dottrina, v. da ultimo S. PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, Modena, 2020.

Una recente sentenza sul tema ha riproposto il dibattito fra i civilisti sull'abuso del diritto e del processo e la buona fede, e sui loro problematici rapporti. La sentenza 14 giugno 2021, n. 16743 della Terza sezione della Corte di Cassazione è stata pronunciata, infatti, nell'ambito di una controversia che verte sulle conseguenze di una protratta inerzia del locatore nell'esigere i canoni dovuti per un contratto di locazione a uso abitativo e nel reagire al mancato pagamento.

Secondo la Cassazione sarebbero almeno cinque gli elementi che inducono a qualificare come abusiva la richiesta di canoni scaduti da parte della locatrice: i) l'inerzia nell'esigere il pagamento protratta per molti anni; ii) l'affidamento che tale inerzia ha ingenerato nella controparte sulla rinuncia al credito maturato sino alla prima richiesta di pagamento; iii) la improvvisa e repentina richiesta di pagamento dell'intero; iv) il fatto che la richiesta fosse ingenerata dalla conflittualità familiare tra padre e figlio, per un tratto di tempo soci delle società locatrice; v) l'intento di provocare un nocumento ingiustificato.

Sicché, ritiene la Cassazione: *«il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. legittima in punto di diritto l'insorgenza in ciascuna parte dell'affidamento che, anche nell'esecuzione di un contratto con prestazioni corrispettive ed esecuzione continuata, ciascuna parte si comporti nella esecuzione in buona fede, e dunque rispettando il correlato generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere generale del "neminem laedere"; ne consegue che in un contratto di locazione di immobile ad uso abitativo l'assoluta inerzia del locatore nell'escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del corrispettivo sino ad allora maturato, protrattasi per un periodo di tempo [...] considerevole in rapporto alla durata del contratto, e suffragata da elementi circostanziali oggettivamente idonei a ingenerare nel conduttore un affidamento nella remissione del diritto di credito da parte del locatore per facta concludentia, la improvvisa richiesta di integrale pagamento costituisce esercizio abusivo del diritto».*

La sentenza è stata per lo più criticata, con argomenti già ben conosciuti dagli studiosi della tematica: in mancanza di un fatto estintivo il credito è sempre esigibile, stante l'irrilevanza del silenzio e della vaga clausola generale di buona fede⁴⁰; l'inutilizzabilità di quest'ultima quando è in contrasto con principi quali la tipicità delle cause di estinzione dell'obbligazione⁴¹; l'inammissibilità della *Verwirkung* secondo la giurisprudenza della nostra Cassazione⁴²; la necessità di privilegiare altre strade argomentative come quella della rinuncia tacita del titolare del credito⁴³; la possibilità di impiegare il solo argomento del divieto di abuso del diritto, nella forma del giudizio sullo sviamento dell'atto di esercizio dell'interesse protetto, senza scomodare la *Verwirkung*⁴⁴. C'è chi, invece, ha difeso il richiamo alla *Verwirkung*, considerandolo una forma di contaminazione teorica affidata alla dogmatica e alla giurisprudenza e ritenendo che l'inesigibilità ben motivata rientri tra le tutele possibili per la violazione della clausola generale di buona fede⁴⁵.

D'altra parte, è proprio quest'ultimo studioso a ricordarci un aspetto fondamentale della teoria critica: l'idea, cioè, che non si possa creare una regola da un valore senza «passare da una sua formalizzazione semantica attraverso disposizioni vigenti»; in buona sostanza, non è consentito disapplicare una norma ordinaria sulla base della priorità della norma costituzionale⁴⁶.

Lo scenario teorico di fondo di tale modalità di intervento per correggere squilibri di mercato, è bene ribadirlo, è la dottrina ordoliberal, che vede mercato e concorrenza non come dati naturali, ma come costruzioni istituzio-

40 M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, in NGCC, 2021, 1179.

41 G. D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in NGCC, 2021, 1164.

42 C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung e i suoi limiti innanzi alla Corte di Cassazione*, in NGCC, 2021, 1186.

43 F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, in NGCC, 2021, 1171.

44 F. PIRAINO, *La protratta inerzia nell'esigere il credito, tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 2022, 204 ss.

45 G. VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in NGCC, 2022, 185 ss.

46 Il richiamo è a M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, 15 ss. Se si vuole, anche G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., *passim*.

nali⁴⁷. Peraltro, anche in questo caso, e in misura se possibile ancora più accentuata vista la collocazione istituzionale del giudice amministrativo, il giudice che scrive le sentenze qui considerate è un tipico giudice ordoliberal, il quale patisce un'eccedenza di “telos”, nel senso che è chiamato ad applicare una norma percepita come mezzo ad un fine, sicché interpretarla significa andare alla ricerca della regola più idonea a promuovere l'assetto concorrenziale del mercato. Si pensi alle sentenze “gemelle” nn. 17 e 18 del 2021 in materia di concessioni balneari, dalla cui lettura emerge la netta percezione che nel caso di specie la regola ricercata dal giudice sprigiona un'efficacia che eccede i limiti del giudicato, sia nel senso delle parti interessate alla pronuncia sia nel senso degli obblighi gravanti sulle amministrazioni alla luce delle pronunce della Plenaria e nonostante la presenza di giudicati che abbiano escluso l'illegittimità di proroghe. Una vera e propria amministrativizzazione dell'attività del giudice, che appunto si manifesta con particolare rilevanza proprio nel campo paradigmatico della tutela della concorrenza⁴⁸.

Una non dissimile dinamica si è avuta in una delle prime manifestazioni del passaggio dall'abuso del diritto all'abuso del processo nella giurisprudenza amministrativa, relativa proprio ad una vicenda annoverabile nel *Fallgruppen* dell'abuso per omissione.

Mi riferisco alla nota Adunanza plenaria n. 3/2011, che si trova ad interpretare per la prima volta – invero la norma ancora non era entrata in vigore al momento del trattenimento in decisione della causa – l'art. 30, comma 3, c.p.a. Il giudice amministrativo, sulla base di una lettura dell'art. 1227, comma 2, c.c. alla luce delle clausole generali di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. e, soprattutto, del principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost., richiamando altresì la giurisprudenza in tema di frazionamento giudiziale di un credito unitario, ritiene superato il principio dell'insindacabilità delle scel-

47 G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., 594.

48 Cfr. G. TROPEA-A. GIANNELLI, *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékon*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2021, 723 ss.

te giudiziarie stante la vigenza, nel nostro sistema, di un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permeerebbe le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto. Sicché la scelta di non agire per l'annullamento del provvedimento illegittimo finisce per integrare la violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile.

Anche in questo caso sono state evidenziate una serie di criticità, a partire proprio dalla configurabilità *in apicibus* dell'abuso per omissione. Si è inoltre sottolineata la scorretta sovrapposizione metodologica fra diligenza e buona fede (o correttezza). Ancora: si è osservato come sia la Cassazione⁴⁹ che la Corte costituzionale⁵⁰, con riguardo all'art. 1227 c.c., hanno ritenuto che l'iniziativa giurisdizionale non possa considerarsi espressione di ordinaria diligenza, ma consegua ad una libera scelta del creditore, che può valutare secondo il proprio interesse l'opportunità o meno di agire anticipatamente in giudizio, anche perché l'azione giudiziaria è per definizione aleatoria. Per concludere sul punto, anche in questo caso l'argomento dell'abuso è stato impiegato per una riscrittura dello stesso art. 30, comma 3, c.p.a. e per favorire una reintroduzione fittizia della regola della pregiudizialità amministrativa: l'abuso come argomento retorico che porta alla riscrittura della regola processuale.

E infatti, la giurisprudenza immediatamente successiva, nonostante sul punto la stessa Plenaria contenesse delle aperture a diverse interpretazioni della disposizione che parla della evitabilità del danno attraverso l'uso degli strumenti di tutela previsti, ha ristretto di fatto il campo ai soli strumenti della tutela costitutiva tradizionale. In una vicenda riguardante il mancato riconoscimento ad un docente di titoli di servizio acquisiti all'estero, ai fini del punteggio nella graduatoria provinciale, il ricorrente, aveva proposto ricorso giurisdizionale avver-

49 Cass. n. 22267/2010.

50 Corte cost. n. 308/1999.

so le graduatorie relative all'anno scolastico 1997-1998, non impugnando invece quelle (definitive) relative agli anni 1995-1998, che erano così divenute inopugnabili. Ciò nonostante, aveva effettuato nei confronti di esse due ricorsi gerarchici, respinti. Secondo il Consiglio di Stato: «*Non bastano ad integrare un suo comportamento attivo di ordinaria diligenza, l'invito e la messa in guardia dell'Amministrazione sull'ingiustizia dei danni che l'atto causa; né basta esperire un rimedio amministrativo interno, come un ricorso gerarchico, se poi viene respinto (come è avvenuto nella specie). Occorre una vera e propria domanda di giustizia, cioè che l'interessato si spinga al rimedio giustiziale disponibile contro l'atto amministrativo illegittimo*»⁵¹.

Più di recente l'esegesi sembra ormai consolidata, nonostante la formulazione aperta dell'art. 30, comma 3, c.p.a. Si consideri il caso di una sanzione disciplinare (radiazione) avverso un professionista adottata del COA, confermata dal CNF, e annullata con rinvio dalla Cassazione. Nessuna delle parti ha riassunto la causa dinanzi al CNF, con conseguente estinzione del giudizio ex art. 393 c.p.c. e susseguente reinscrizione all'Albo. Viene quindi proposta una causa solo risarcitoria per i danni conseguenti all'illegittimo provvedimento disciplinare di radiazione. Secondo il Consiglio di Stato⁵² nel caso di specie non vi è stata nessuna sentenza di annullamento passata in giudicato, e peraltro il processo si è estinto per mancata riassunzione dinanzi al CNF; inoltre, il giudice amministrativo non potrebbe esaminare in via incidentale la sussistenza dei presupposti per procedere all'annullamento della sanzione. Infine, non ci sarebbe alcuna sentenza di annullamento passata in giudicato, mentre l'art. 30, comma 5, c.p.a. prevede che «nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza».

51 Cons. St., sez. VI, n. 1983/2011.

52 Cons. St., sez. III, n. 3040/2020.

E infine, sempre a proposito della rilevanza della tutela costitutiva nell'ambito delle cause risarcitorie, si consideri il mancato rilievo dell'affidamento del controinteressato nel caso di proposizione dell'azione di annullamento da parte del ricorrente. Secondo Adunanza plenaria n. 21 del 2021, sulla responsabilità precontrattuale nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, l'affidamento dell'aggiudicatario viene meno dopo la proposizione dell'azione di annullamento: *«nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa (...) L'elemento della colpevolezza dell'affidamento si modula diversamente nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non sia disposto d'ufficio dall'amministrazione ma in sede giurisdizionale. In questo secondo caso emergono con tutta evidenza i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui ai sensi dell'art. 29 c.p.a. l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio».*

Si tratta di una pronuncia apprezzabile nella misura in cui conferma che buona fede e correttezza siano obblighi che amministrazione e privato debbono rispettare nella dinamica del loro rapporto; sennonché qui la logica ferrea

del rapporto paritario e della collaborazione procedimentale si rovescia a danno del privato, in un contesto in cui, come si è già detto, di un rapporto paritario assimilabile in tutto e per tutto a un rapporto obbligatorio di diritto privato non è ancora dato parlarsi, obliandosi così le garanzie classiche del diritto amministrativo. In questo senso, appare aleatoria la regola di escludere l'affidamento in caso di notifica del ricorso; oltre a riposizionare al centro l'azione di annullamento – questa volta al fine di escludere l'affidamento in un provvedimento precario – il rischio è che esso per coerenza debba escludersi anche in caso di mero avvio del procedimento di autotutela⁵³.

Da ultimo, e per concludere sul punto, anche nel processo amministrativo sembra prospettarsi il possibile approdo della vera e propria *Vervirkung* nel senso dell'inerzia nell'esercizio del diritto protratta per un lasso di tempo significativo, non tale però da provocare l'estinzione – nella forma della decadenza – della pretesa.

Mi riferisco a un decreto cautelare di rigetto del Tar Lombardia n. 473/2022. Si trattava di un contenzioso nell'ambito di un appalto di servizio di pulizia; il ricorrente è in proroga e impugna la risoluzione di quest'ultima. La notifica del ricorso non è tardiva, ma viene effettuata a ridosso della scadenza dei termini e pertanto considerata dal giudice «*lesiva del diritto di difesa delle parti resistenti, originata da mere scelte di strategia processuale...*», alludendo probabilmente con ciò a una strategia funzionale a beneficiare il più possibile di detta proroga. Un caso di abuso omissivo e *Vervirkung* o una rondine che non fa primavera, legata agli spiccati connotati para-equitativi e di giurisdizione innominata di merito del giudizio in materia di appalti, sommato peraltro alla fase della tutela cautelare monocratica in cui è stata adottata tale statuizione (sul *periculum*)?

Invero, anche se si ritenesse più fondata questa seconda esegesi, non per questo il caso sarebbe di minore interesse, mostrando come la valutazione su abuso omissivo e *Vervirkung* trovi terreno fertile proprio in una tipologia di

53 G. MANNUCCI, *Una svolta a metà sull'affidamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 352

giudizio connotata dalle multiple peculiarità del rito speciale appalti e della tutela cautelare, in cui il giudice amministrativo è portato a farsi ancor più interprete di operazioni di bilanciamento assiologicamente orientate in chiave effettuale e pro-concorrenziale, acuendo la crisi della fattispecie di cui si è detto⁵⁴.

11. Il *prospective overruling* e la tutela dell'affidamento

Un altro importante punto d'osservazione attraverso il quale misurare come la tutela della buona fede processuale, nella forma dell'affidamento incolpevole, abbia delle ricadute nei rapporti fra poteri e tra procedimento e giudizio è senz'altro il tormentato tema del *prospective overruling*⁵⁵. Il *prospective overruling* viene utilizzato per derogare allo *stare decisis* in senso orizzontale, consistendo nel consentire al giudice a non seguire i suoi precedenti *pro-futuro*, decidendo però il caso sottopostogli in base alla regola superata. La violazione del principio di non contraddizione viene scongiurata riconoscendo al *prospective overruling* valore di statuizione di una regola di diritto contenente in sé un'eccezione per la causa pendente, giustificata dall'esigenza di salvaguardare l'affidamento dei consociati⁵⁶.

È significativo come anche in questo caso vi sia stata una “staffetta manipolativa” tra giudice civile e giudice amministrativo.

La Cassazione⁵⁷, infatti, ha affermato in più interventi che debbono essere rispettati rigorosi presupposti: *i)* ci si trovi al cospetto di un mutamento della

54 Interessante è pure la recente sentenza del Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2022, n. 5991. Qui la stazione appaltante fa decorrere i 60 giorni previsti dall'art. 32, comma 8, Codice dei contratti pubblici per la stipula; dopo 3 mesi il Rup comunica all'aggiudicataria le possibili date (fuori termine) per detta stipula; l'aggiudicataria comunica alla stazione appaltante di ritenere non più remunerativa la commessa e chiede adeguamenti; il Rup revoca l'aggiudicazione; a fronte dell'impugnazione di detta revoca il giudice amministrativo ritiene infondato il ricorso in quanto il comportamento dell'appellante si è risolto in un sostanziale rifiuto, contrario a buona fede, di sottoscrivere il contratto in termini congruenti con l'offerta presentata in sede di gara.

55 Evidenza di recente il collegamento tra principio dell'affidamento e *prospective overruling*, F. ROSELLI, *Appunti sull'affidamento come principio generale vincolante anche i soggetti pubblici*, in *Giust. civ.*, 2021, 377 ss.

56 F. SAITTA, *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e prospective overruling*, disponibile online www.giustizia-amministrativa.it, 25 giugno 2018.

57 Cass., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144; Cass., Sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135.

giurisprudenza di legittimità su disposizioni regolatrici del processo e non di natura sostanziale; ii) il mutamento sia stato imprevedibile o quantomeno inatteso, ossia privo di preventivi segnali anticipatori del suo manifestarsi, in ragione del carattere consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; iii) l'overruling deve essere la causa diretta ed esclusiva di un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte.

Inoltre, argomentando sulla sussistenza di un principio generale “di precauzione”, non si è ritenuto meritevole di tutela l'affidamento della parte se, al compimento dell'attività, sussisteva un contrasto giurisprudenziale sulla portata della regola processuale, in quanto in presenza di due o più indirizzi interpretativi relativi a una regola giurisprudenziale la parte sarebbe tenuta a compiere l'attività processuale seguendo l'orientamento più rigoroso⁵⁸.

Nonostante il sorvegliato approccio giurisprudenziale, nella dottrina civilprocessualista c'è stato un acceso scontro sulla portata e le conseguenze di tali pronunciamenti: a fronte della sentita esigenza che le regole non possano mutare nel corso del processo⁵⁹, si è posto il problema di quanto e fino a che punto tale esigenza possa incidere sul principio costituzionale del “giusto processo” regolato per legge, trovando nella norma sulla rimessione in termini, correttamente applicata, la soluzione a questa grave difficoltà di stampo istituzionale⁶⁰.

58 Cfr. M. CONDORELLI-L. PRESSACCO, *Overruling e prevedibilità della decisione*, in www.questionegiustizia.it, n. 4/2018, 118, e giurisprudenza ivi richiamata.

59 Cfr. per tutti R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 311

60 Cfr. G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6 ss. A ben guardare, sia la tesi della rimessione in termini che quella che si fonda sulla necessità di superare l'efficacia meramente dichiarativa dell'interpretazione giudiziale (Caponi) finiscono per non essere troppo distanti, nella misura in cui implicano – seppure con diversi approcci e sfumature – la natura di fonte del diritto della giurisprudenza. Cfr. l'analisi critica di L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, spec. 292 ss.

Nel processo amministrativo, forse anche per la sua tradizione pretoria, si è andati ben oltre tali confini. Giustamente si è osservato che il *prospective overruling* «mentre per la Cassazione continua a costituire uno strumento rivolto a garantire la parità tra le parti processuali laddove una di queste riceva un vulnus dall'*overruling*, il Consiglio di Stato (nella cui giurisprudenza si rileva tutt'altro che univocità di posizione) sembra piuttosto impiegarlo come strumento di giustizia, non solo perché lo estende anche al diritto sostanziale, ma pure perché talvolta la modulazione degli effetti delle pronunce è stata influenzata in maniera decisiva dalla valutazione sugli interessi coinvolti»⁶¹.

Mi pare si dimostri, anche in questo caso, come la nozione di effettività e quella di giusto processo divenga vettore di politiche giurisprudenziali neoliberali, consentendo progressivi smottamenti dall'istanza nomofilattica a quella nomopoietica. Essa appare come grimaldello interpretativo capace di fare affermare la prospettiva assiologica dell'interprete, specie se declinato nel contesto valoriale pro concorrenziale europeo⁶².

Non è un caso che un fronte molto importante sia stato quello, notoriamente pletorico e di difficile interpretazione, e dove nel contempo la prevebilità risulta fattore centrale per la crescita economica, del diritto degli appalti pubblici: nonostante in questo settore il Consiglio di Stato non sia ancora arrivato ad ammettere una significativa estensione dell'impiego del *prospective overruling* al diritto sostanziale, non ha tuttavia escluso di potere tutelare affidamenti reputati meritevoli.

Emblematica la vicenda della specificazione degli oneri di sicurezza aziendali. In tale contesto con una prima pronuncia, la n. 3 del 20 marzo 2015 la Plenaria chiarisce che in tutti gli appalti (quindi anche quelli di lavori) vi è l'obbligo, a pena di esclusione, di indicare nell'offerta gli oneri di sicurezza,

61 A. DE SIANO, *Il prospective overruling tra giusto processo e sentenza giusta*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1134 ss., spec. 1166.

62 Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 845 ss.; L. NIVARRA, *Dalla «crisi» alla «eclissi»: ovvero, da un paradigma all'altro*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 801 ss.

specificando altresì che essi costituiscono un elemento essenziale dell'offerta e che, quindi, la loro mancata indicazione non è sanabile mediante il soccorso istruttorio. Con la successiva sentenza n. 9 del 2 novembre 2015, sempre la Plenaria è chiamata a risolvere ulteriori problematiche di diritto intertemporale, in particolare l'applicazione del principio di diritto affermato nella sentenza n. 3/2015 alle gare bandite prima della pubblicazione di tale pronuncia. Richiamando precedenti della Cassazione sul c.d. *prospective overruling* e sul carattere dichiarativo ovvero innovativo del precedente giurisprudenziale, essa afferma nel caso di specie la ricorrenza del primo, ritenendo così che non siano legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si sia conclusa prima della pubblicazione della decisione n. 3/2015. I nodi vengono al pettine con la successiva Plenaria n. 19 del 27 luglio 2016, che si occupa di rimediare alle conseguenze di tale rigida esegesi, anche alla luce della giurisprudenza europea sul punto, e dei principi a tutela dell'affidamento, della certezza del diritto, di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza: in particolari circostanze, ovvero quando la legge di gara nulla preveda circa l'esclusione in questi casi del concorrente, e la stazione appaltante predisponga moduli per la presentazione delle offerte che non contengano alcun riferimento agli oneri di sicurezza aziendale, si ammette il soccorso istruttorio per le gare bandite prima del d.lgs. n. 50/2016.

Allo stesso modo la giurisprudenza ha ritenuto, ad esempio, inesigibile dal concorrente l'osservanza dei requisiti per la stesura di un valido contratto di avvalimento, posti dall'orientamento giurisprudenziale più restrittivo prevalso solo dopo il compimento delle operazioni di gara⁶³.

Il vero "salto di qualità" si ha con la nota Ad. plen. n. 13/2017, nella quale si ritiene che il termine di efficacia di 180 giorni del vincolo preliminare

63 Cfr., per esempio, Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1817.

nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dei correttivi al Codice Urbani decorra dalla pubblicazione di detta sentenza, affermandosi altresì la possibilità di modulare a certe condizioni la portata temporale delle proprie pronunce (obiettiva incertezza delle disposizioni da interpretare; orientamento giurisprudenziale prevalente contrario all'interpretazione adottata; necessità di tutelare uno o più principi costituzionali, o, comunque, di evitare ripercussioni socio-economiche).

Lo slabbramento dei presupposti del *prospective overruling* è qui evidente. Il giudice amministrativo *i)* ritiene di poter intervenire a rimediare alle incertezze interpretative delle disposizioni normative; *ii)* che il *prospective overruling* non postula che ad essere 'superato' sia un orientamento consolidato; *iii)* che non tutela solo il diritto di difesa nei processi in corso; *iv)* che si può impiegare anche nel caso in cui il mutamento di orientamento riguardi disposizioni di natura sostanziale.

Qui il *prospective overruling* perde il suo legame col processo, divenendo mezzo di tutela dell'interesse pubblico protetto dalla disposizione interpretata.

Anche i sostenitori di tale metodo hanno notato come in questo caso si vada oltre la funzione nomofilattica della Plenaria, per attingere a una funzione più propriamente nomopoietica, e in questo senso hanno ritenuto che la soluzione relativa al potere di modulare la portata temporale delle pronunce riguardasse le sole sentenze della Plenaria in cui dichiarano l'interpretazione della norma, e non possa essere un principio generale affermato per tutti i giudici amministrativi, quando annullino l'atto illegittimo e come possibile effetto della sentenza di annullamento⁶⁴. Ma la tendenza incrementale del principio di effettività, vettore di espansione del meccanismo neoliberale di erosione dei confini fra poteri, non poteva che portare ad abbattere anche tale auspicato limite⁶⁵.

64 E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono finti del diritto*, in *Urb. e app.*, 2018, 382 ss.

65 Non è un caso che la dottrina del precedente giurisprudenziale abbia trovato una rivalutazione sia nel movimento *del Law and Economics* sia presso gli eredi dell'illuminismo scozzese più o meno vicini alla scuola austriaca di economia. Cfr. M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico*.

E così, in una vicenda relativa a una questione di ammissione di uno studente comunitario a un corso a numero chiuso per la quota riservata ad extracomunitari, ma lasciata vacante, il Consiglio di Stato ha confermato la sua giurisprudenza restrittiva in materia, ma ha nel contempo escluso la retroattività della propria pronuncia (che è stata 'indirizzata' alle sole fattispecie future) al fine di tutelare l'affidamento ingenerato da una sentenza di primo grado che con la pronuncia medesima è stata riformata⁶⁶.

Un altro limite è quindi stato abbattuto: mentre le sentenze sopra richiamate circoscrivono l'operatività dell'istituto in parola al mutamento interpretativo dei giudici di vertice delle giurisdizioni, la Sezione VI, invece, ha considerato che una sentenza del Tar, esprimente peraltro un orientamento ormai obsoleto, potesse essere annoverata tra le cause di legittimo affidamento meritevole di tutela tramite la modulazione degli effetti della sentenza. Inoltre, nella pronuncia in esame manca non solo l'imprevedibile mutamento della giurisprudenza consolidata (come richiesto dalla Cassazione), ma pure un emergente orientamento maggioritario che contrasti quello pregresso (come richiesto dalla Plenaria del 2017).

Sempre nel 2018 il Consiglio di Stato sembrava tuttavia aver fatto un passo indietro, riposizionandosi sui limiti più rigorosi tracciati dalla Cassazione, con la sentenza n. 1 del 2018 della Plenaria, relativa alla *compensatio lucri cum damno*, con riferimento alla determinazione del danno cagionato dal datore di lavoro pubblico a un proprio dipendente⁶⁷. Ciò sul presupposto che «gli enunciati giurisprudenziali hanno, [...], natura formalmente dichiarativa. La diversa opinione finisce per attribuire alla esegesi valore ed efficacia normativa in contrasto con la logica intrin-

Il precedente giudiziale fra storia e teoria, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, 98-99.

66 Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2018, n. 2268.

67 Il riferimento è in particolare alla cumulabilità tra quanto riconosciuto a titolo lesione della salute, con indennizzo percepito, con il riconoscimento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio. Sul merito della questione v. A. GIANNELLI, *Indennizzi da attività illecita delle pubbliche amministrazioni: una nuova "rete di contenimento"?*, in *Dir. soc.*, 2020, 509 ss.

seca della interpretazione e con il principio costituzionale della separazione dei poteri venendosi a porre in sostanza come una fonte di produzione». E tuttavia, tale parziale *revirement* non ha incrinato la marcia verso l'uso sempre più disinvolto del *prospective overruling* da parte del giudice amministrativo.

L'ultimo capitolo (finora) di tale poco sorvegliato meccanismo incrementale nell'uso – a questo punto ormai puramente nominalistico e retorico/rafforzativo (come nel caso dell'abuso) – del *prospective overruling* – è rappresentato dalle Plenarie gemelle nn. 17 e 18 del 2021 in materia di concessioni balneari.

Anche in questo caso ci si spinge ben oltre le indicazioni del precedente del 2017⁶⁸, sia perché esso richiedeva tra i presupposti della rimodulazione temporale anche l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata, sia perché in quel caso sussistevano parametri temporali predefiniti più ragionevoli e certi, alla luce del quadro normativo anteriore e posteriore al D.Lgs. n. 42 del 2004 (con riguardo alla tutela paesaggistica e al vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico), e con riguardo al momento della pubblicazione della sentenza. Insomma, nelle sentenze del 2021 la Plenaria fa un ulteriore “passo avanti” nel sentiero della sostituzione giudiziale al legislatore, inventando ex novo il dies a quo degli effetti delle sentenze del 31 dicembre 2023.

Inoltre, non può essere trascurato il profilo dell'orientamento finalistico in funzione del quale viene disposta la modulazione cronologica degli effetti del giudicato. I precedenti giurisprudenziali richiamati dalle Plenarie gemelle, come detto sono accomunati dal fatto che la modulazione disposta dal giudice fosse “giustificata” dalla volontà di assicurare al ricorrente vittorioso una tutela effettiva, come nella ben nota vicenda del piano faunistico venatorio della regione Puglia⁶⁹, o comunque dalla necessità di scongiurare il rischio che l'interesse riconosciuto come meritevole di tutela in sede di scrutinio giurisdizionale

68 Cfr. A. DE SIANO, *Stravaganze giurisprudenziali a proposito dell'atto amministrativo (a margine di Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18)*, in pubblicazione in *Dir. proc. amm.*

69 Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

fosse, paradossalmente, sacrificato dal “fisiologico” atteggiarsi degli effetti della sentenza, come nel caso che ha dato luogo all’Adunanza Plenaria n. 13/2017. Al netto delle non trascurabili criticità intrinseche di tali decisioni, resta impregiudicato il fatto che, finora, la modulazione degli effetti della pronuncia sia stata intesa come uno strumento utilizzato per non compromettere l’effettività della tutela che, attraverso il contenuto dispositivo della sentenza, il giudice voleva erogare. Nel caso di specie, invece, postergando la decadenza dei titoli concessori fino al 31 dicembre 2023, l’Adunanza Plenaria ha disposto una sorta di ulteriore proroga generalizzata dei titoli medesimi, usurpando un potere (per l’appunto quello di proroga) di carattere eminentemente amministrativo (benché tale potere in realtà sia già stato, negli ultimi decenni, a sua volta già usurpato dal legislatore, proprio emanando, con leggi-provvedimento, le proroghe legali contro cui la Plenaria si scaglia).

Venendo al fronte della tutela dell’affidamento del concessionario uscente, infine, la Plenaria ha individuato due criteri altrettanto discutibili⁷⁰: il primo riguarda il riconoscimento, in capo ai destinatari delle proroghe illegittime, di un ristoro di carattere indennitario, il secondo concerne, invece, il riconoscimento, sempre in favore dei concessionari uscenti, di un punteggio premiale in sede di procedura di affidamento dei nuovi titoli, quale “bonus” maturato in conseguenza della “anzianità” nella gestione del bene messo a gara.

Nelle pronunce esaminate l’Adunanza Plenaria, sollecitata a pronunciarsi sulla validità delle proroghe, non ha ritenuto di dovere - o forse di potere - limitare il proprio sindacato alla legittimità dei provvedimenti (sconfinando apertamente nel sindacato sui contenuti di atti aventi forza di legge), così come non ha ravvisato alcun ostacolo nell’autoassegnarsi prerogative di amministrazione attiva, prima fra tutte il potere di disporre un’ulteriore proroga dei titoli conces-

⁷⁰ Per una critica più puntuale si rinvia a G. TROPEA-A. GIANNELLI, *Il funzionalismo creativo dell’Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l’esigenza del katékon*, cit., spec. 754 ss.

sori, sia pure “camuffata” sotto il discutibile velo della modulazione degli effetti conformativi delle sentenze e del *prospective overruling*.

12. L'abuso del processo, tra crisi del *judicium* liberale e ascesa della procedura neoliberale

Il modo in cui il servizio giudiziario è organizzato e il perseguimento della sua efficienza sia problema che riguarda essenzialmente il legislatore e non possa essere addossato sui singoli giudici: la dottrina classica ha sempre avversato il tentativo di una lettura delle norme processuali secondo lo scopo o la funzione.

La lotta all'abuso è quindi primariamente un compito del legislatore o, al limite, della Corte costituzionale, più che del giudice. Diversamente il giudice (anche amministrativo) “amministra” un diritto fondamentale bilanciandolo con un interesse pubblico, violando i principi di terzietà e imparzialità, oltre che del giusto processo, rispetto al quale, in un “bilanciamento” con la ragionevole durata, deve prevalere l'aspetto dell'effettività della tutela.

Come detto peraltro ciò non stupisce, in quanto l'esigenza di razionalità insita oggi nel sistema si fonda soprattutto sulla razionalità economica legata ai nuovi paradigmi della foucaultiana governamentalità neoliberale, che nulla ha a che vedere col *judicium* liberale.

C'è un filo rosso che lega la rifondazione giurisprudenziale della nozione di abuso del processo, in cui considerazione deontologiche sono confuse con apprezzamenti teleologici e sistemici che antepongono una visione utilitaristica di marca bethamiana⁷¹ al Foucault che ha teorizzato la biopolitica e la governamentalità neoliberale, in cui le pratiche contemporanee della libertà sono state costruite a partire da una serie di tattiche governamentali e tecniche di regolazione del tutto contingenti perché strutturano una relazione conflittuale tra la libertà individuale e la fonte da cui promana la regolazione⁷².

71 A. PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la «proportionate justice»*, cit.

72 M. GALLETTI-S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, 296.

Questo non significa certo che il giudice non debba, ex art. 88 c.p.c., perseguire l'abuso del processo, ma tramite sistemi di tutela risarcitoria o comunque fondati sulla ripartizione delle spese processuali, dunque muovendosi sul piano degli artt. 92 e 96 c.p.c., nonché dell'art. 26 c.p.a., con riguardo al processo amministrativo.

Ovviamente ciò non risolve molti problemi, per due ragioni.

Da un lato perché lo stesso art. 26 c.p.a. è stato oggetto di una serie di interpretazioni perplesse che hanno finito per ampliare la nozione di abuso del processo, rielaborata a fronte dell'esigenza che venga sempre e comunque assicurata l'integrità del sistema-giustizia e onorato il principio di ragionevole durata e del giusto processo, per non parlare delle criticità delle disposizioni sull'ampiezza degli atti processuali, che hanno spesso comportato un'irragionevole prevalenza del principio di sinteticità sul diritto di difesa e sugli altri principi del "giusto processo".

Dall'altro perché il giudice amministrativo continua a fare un governo non sempre razionale del principio di compensazione delle spese processuali, che a rigore non dovrebbe applicarsi in caso di soccombenza (cfr. art. 26 c.p.a. e 91 c.p.c.), tanto più se palese. Si veda una recente pronuncia del Tar Lombardia, che dinanzi a un ricorso palesemente inammissibile per difetto di interesse di una terza classificata contenente censure solo avverso la prima in graduatoria, peraltro dopo esplicita ammissione dell'errore da parte della ricorrente, compensa le spese «tenuto conto della pronuncia in rito»⁷³.

Ritengo che questo assetto complessivo, per le ragioni sopra indicate, meriti una ferma critica, sul piano metodologico prima che contenutistico, affinché si evitino per quanto possibile derive incontrollate del principio di buona fede nel processo, che altrimenti smette di essere *judicium* liberale per assumere le sembianze della procedura neoliberale.

⁷³ Tar Lombardia, sez. I, 16 maggio 2022, n. 1125.

Come scrive nel fondamentale *Homo ludens* Johan Huizinga: «Anche a Roma era per molto tempo ancora valido, nella procedura giuridica, ogni mezzo per atterrare l'avversario. Ci si vestiva in lutto, si sospirava e ci si lamentava, si faceva clamorosamente appello alla salute dello Stato, si portavano degli “assistenti” per fare più impressione, in breve, si faceva tutto ciò che ancor oggi si fa di tanto in tanto. Gli stoici vollero togliere all'eloquenza giuridica questo carattere ludico per conformarla alle loro severe norme di verità e di dignità. Ma il primo che volle attuare tale tendenza, Rutilio Rufo, perdette la causa e dovette andare in esilio»⁷⁴.

Allo stesso modo mi pare che l'abbattimento delle barriere legislazione/giurisdizione/amministrazione traspaia dal modo incrementale col quale, il giudice amministrativo più marcatamente qui di una sorvegliata Cassazione, impieghi in modo disinvolto lo strumento del *prospective overruling*, anch'esso in origine legato alla tutela della buona fede e dell'affidamento, ma poi progressivamente piegato alla tutela di interessi più “di sistema”, che il giudice amministrativo si reputa istituzionalmente qualificato ad affrontare. Il giudice che scrive le sentenze in analisi è un tipico giudice ordoliberal, il quale patisce un'eccedenza di “*telos*”, ritenendosi chiamato ad applicare una norma percepita come mezzo ad un fine, sicché interpretarla significa andare alla ricerca della regola più idonea a promuovere l'assetto concorrenziale del mercato. In ciò sta anche la netta percezione che nel caso di specie la regola ricercata dal giudice spigona un'efficacia che eccede i limiti del giudicato.

È invece opportuno un *judicial restraint*, in quanto è in gioco un delicato problema di legittimazione del giudice a “dare” diritto. A questa deriva funzionalizzante crediamo si debba contrapporre un vero e proprio *re-embedding* del mercato finanziario europeo. La scienza giuridica deve, in quest'ottica, agire da *katéchon* contro i mercati globali, freno contro la deriva funzionalizzante, declinando gli imperativi delle scienze dell'economia alla luce dei diritti fonamen-

⁷⁴ J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Milano, 2002, 103.

tali, dei principi costituzionali e delle conoscenze di altre materie in modo da promuovere l'integrazione sociale.

GABRIELLA M. RACCA

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Torino

gabriella.racca@unito.it

L'EVOLUZIONE DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE NELLA TRASFORMAZIONE DIGITALE DEI CONTRATTI PUBBLICI

THE EVOLUTION OF GOOD FAITH PRINCIPLE IN THE DIGITAL TRANSFORMATION OF PUBLIC CONTRACTS

SINTESI

L'articolo analizza le trasformazioni digitali e le innovazioni nel settore dei contratti pubblici in relazione alla espressa introduzione nella legge italiana sul procedimento amministrativo dei principi di collaborazione e di buona fede nei rapporti fra amministrazioni e privati. Tali principi si impongono alla parte pubblica e all'operatore economico privato nel corso di trattative "multiple" o "parallele" volte alla selezione del contraente. L'impiego di strumenti digitali *by default* e l'attuazione del principio del "*once only*" fondano un rinnovato "patto collaborativo digitale" tra amministrazioni, professionalmente ed organizzativamente adeguate e operatori economici qualificati, assicurando piena tracciabilità della partecipazione, effettiva trasparenza e tempestività per conseguire il risultato ultimo della corretta esecuzione dei contratti pubblici.

ABSTRACT

The article focuses on digital transformation and innovation in public contracts following the introduction in the Italian Law of the principles of collaboration and good faith among public administration and individuals (mainly economic operators, in public contracts). These principles are imposed on the public administration and on the economic operators during the "multiple" or "parallel" negotiations aimed at selecting the contractor. The digitalisation by default and the implementation of the once only prin-

ciple require a renewed “digital alliance” between professionally adequate administrations and qualified economic operators, ensuring full traceability, effective transparency, and promptness for the ultimate goal of the correct execution of public contracts.

PAROLE CHIAVE: *Contratti pubblici – collaborazione – buona fede – trasformazione digitale – once-only – responsabilità della pubblica amministrazione*

KEYWORDS: *public contracts – cooperation – good faith – digital transformation – once-only principle – public administration liability*

INDICE: 1. La trasformazione digitale dei contratti pubblici e il nuovo “patto collaborativo digitale” – 2. Le trattative parallele e la correttezza intesa come non contraddittorietà – 3. La necessaria collaborazione e buona fede dell'operatore economico per la verifica della qualificazione e l'esclusione dei gravi illeciti professionali 4. – La concentrazione della tutela e la responsabilità per “comportamento” contrario alla buona fede e correttezza 5. – Verso una “buona contrattazione digitale”

1. La trasformazione digitale dei contratti pubblici e il nuovo “patto collaborativo digitale”

Come noto, di recente nella legge sul procedimento amministrativo si è previsto che: “*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*” in collegamento con il contestuale principio dell'uso degli strumenti digitali *by default* e del principio del *once only*¹.

L'esperienza pandemica ha evidenziato la necessità di un rinnovato rapporto di fiducia e collaborazione reciproca tra amministrazione e privati. Un rapporto di fiducia reciproca basato su obblighi di cooperazione e buona fede oggi innovati dalla trasformazione digitale².

1 Art. 1, c. 2-bis, l. n. 241 del 1990, introdotto dall'art. 12, c. 1, lett. 0a), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con l. n. 120 del 2020, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali» (Decreto Semplificazioni)* e art. 3-bis, l. n. 241 del 1990, cit., introdotto dall'art. 3, l. n. 15 del 2005, *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*, come modificato dall'art. 12, c. 1, lett. b): “1. Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati”, introdotto dal medesimo d.l., poi conv in l. 120 del 2020, cit.

2 R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022; S. TORRICELLI, intervento nel seminario “Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni”, Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

Nei contratti pubblici, occorre ricordare che il privato non è un semplice cittadino, ma è un operatore economico spesso dotato di professionalità anche più elevate dell'amministrazione pubblica con cui si rapporta³. Per questo occorre ridefinire un nuovo “patto collaborativo digitale”, una nuova “alleanza digitale” fondati sulla correttezza e buona fede, dell'uno verso l'altro, fin dall'avvio della procedura e per tutto il rapporto giuridico amministrativo conseguente. Si è già prospettato che il rapporto contrattuale si evolva verso un'alleanza digitale (*framework alliance*) ove la piena trasparenza e tracciabilità superino i comportamenti opportunistici e permettano una nuova forma di collaborazione anche fra più controparti private⁴.

L'evoluzione del sistema permette di considerare che le fasi che precedono la stipula del contratto pubblico non possano essere assimilate alle trattative tra privati e non risultino disgiunte dall'obiettivo di raggiungere il fine di interesse pubblico della stipulazione ed esecuzione del contratto pubblico, esplici-

3 Come già evidenziato da: A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, n. 1/1998, 1 – 25, spec. 18 – 19.

4 Il riferimento va alla modellazione digitale per gli appalti di lavori tramite strumenti elettronici specifici utilizzati per l'edilizia e le infrastrutture (*Building Information Modeling* o BIM). Sul tema: G. M. DI GIUDA, V. VILLA (a cura di), *Il Bim. Guida completa al Building Information Modeling*, Milano, Hoepli, 2016; D. MOSEY, *The origins and purposes of the EAC-1 framework alliance contract*, in *International Construction Law Review*, n. 4/2017, 391 – 405; S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 185 ss.; ID. *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019; G. M. DI GIUDA (a cura di), *Introduzione al BIM. Protocolli di modellazione e gestione informativa*, Società Editrice Esculapio, Bologna, 2019; G. M. DI GIUDA, G. M. RACCA, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (Bim) in public procurement*, in G. M. RACCA, C. R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Directed by J.-B. Auby), Bruylant, Bruxelles, 2019, 223 – 271; G. M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Ist. fed.*, n. 3/2019, 739 – 766; G. M. DI GIUDA, S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019; R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Smart Cities for an Intelligent Way of Meeting Social Needs*, in J.-B. AUBY (a cura di), *Le Future du Droit Administratif/The Future of Administrative Law*, SciencesPo & Lexis Nexis, Paris, 2019, 431 ss.; G. M. RACCA, *I contratti pubblici collaborativi e le prospettive innovative della modellazione digitale (Building Information Modeling, BIM)*, in G. F. FERRARI (a cura di), *Smart City. L'evoluzione di un'idea*, Mimesis, Milano-Udine, 2020, 581 ss.; E. QUADRI, *La modellazione digitale dei contratti e gli accordi collaborativi*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G. M. RACCA, *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 95 ss.

tato nella proposta di decreto legislativo per l'attuazione della legge delega per la riforma del codice dei contratti pubblici nel principio del risultato⁵.

Per questa ragione, non appare possibile disgiungere in fasi un procedimento complessivo che volge all'unico obbiettivo e che funzionalizza le trattative che vengono formalizzate a tal fine.

Da tempo si era individuata la possibilità di considerare il comportamento dell'amministrazione come scorretto benché il recesso dalle trattative fosse giudicato non illegittimo. Tuttavia, ciò non permette di considerare il diritto alla correttezza come disgiunto dal fine pubblico perseguito ed evidenzia unicamente la complessità degli elementi da considerare per attuare l'interesse pubblico alla "buona contrattazione"⁶.

5 Art. 1 ("Principio del risultato") dello schema di Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'art. 1, l. n. 78 del 2022, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, elaborato dal Consiglio di Stato e pubblicato il 7 dicembre 2022 in: www.giustizia-amministrativa.it. In particolare, si evidenzia il collegamento tra buon andamento e obiettivi di risultato, atteso che "3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità". Sul connesso tema dell'amministrazione di risultato si v. già: L. IANNOTTA, *Previsioni e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, n. 1/1999, 57 – 110; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Jovene, Napoli, 2001, 813 – 826; ID., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2007, 63 – 78; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, *Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003)*, Giappichelli, Torino, 2004.

6 Sia consentito il rinvio a: G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000; ID, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, n. 2/2002, 199 ss.; ID, *Sindacato sulla decisione di non procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico (recesso dalle trattative) e responsabilità precontrattuale*, nota a C. giust. CE, sez. VI, 18 giugno 2002 (causa C-92/00), in *Il Foro amm. – CdS.*, 9/2002, 1976 ss.; ID., *Principio di correttezza e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Serv. pubb. app.*, n. 1/2003, 102 ss.; ID., *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, n. 8/2003, 943 ss.; ID, *Vendita di cosa futura e recesso corretto della parte pubblica dalle trattative* (nota a Cons. St., sez. VI, 1° marzo 2005 n. 816), in *Urb. app.*, n. 8/2005, 944 ss.; ID., *Voce Correttezza* (diritto amministrativo), in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1529 – 1536; ID., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI (dir.), *Trattato dei contratti*, Tomo Primo, cap. X, *I contratti con la pubblica amministrazione* C. FRANCHINI, (a cura di), UTET, Torino, 2007, 637 – 696; ID., *Contratti pubblici e comportamenti contraddittori delle pubbliche amministrazioni: la responsabilità precontrattuale*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264, in *Rivista Neldiritto*, n. 2/2009, 281 ss. Si v. da ult.: ID., *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, n. 3/2022, 601 – 639.

Anche in caso di affidamento diretto, l'amministrazione pubblica deve pur sempre attuare la sequenza procedimentale che impone tracciabilità e trasparenza, dalla richiesta ad Anac del codice identificativo gara (CIG), alla verifica della qualificazione dell'operatore economico, fino all'accertamento della corretta esecuzione e alla fatturazione elettronica. Si tratta in ogni caso di attività connesse all'esercizio di un potere pubblico che comporta comunque l'applicazione di principi nazionali ed europei. Attività connesse che, come di recente precisato dalla Corte costituzionale, escludono solo i comportamenti meramente materiali in nessun modo riconducibili a poteri pubblici (insidie e trabocchetti, omissione di custodia) e che invece includono ogni comportamento che risulti anche solo in via mediata, anche solo per l'omessa adozione di atti organizzativi del servizio pubblico⁷. Viene così chiarito che la connessione dei comportamenti, anche solo omissivi, con l'esercizio di poteri pubblici può riguardare non solo quelli autoritativi, ma anche organizzativi ed esercitati mediante moduli consensuali⁸.

Non pare sussistere alcuno spazio per una giurisdizione civile sulle trattative delle pubbliche amministrazioni, variamente procedimentalizzate, ma in ogni caso finalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico e con un vincolo per la parte pubblica ad una correttezza rafforzata e peculiare rispetto a quella dei privati.

⁷ Corte cost., sent. 15 luglio 2022, n. 178 (Pres. Amato; Red. De Pretis), in cui si dichiara la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Reggio Calabria in riferimento all'art. 133, c. 1, lett. p), cod. proc. amm., che sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Cassazione, assunta a "diritto vivente" devolverebbe alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie risarcitorie per danni conseguenti a comportamenti meramente materiali della p.a. nella gestione del ciclo dei rifiuti. La Corte ha ravvisato l'erroneità dell'indirizzo interpretativo e richiamato le pronunce che, sulla scorta dell'interpretazione offerta dalla stessa Corte costituzionale, consentono sempre di escludere dalla giurisprudenza del g.a. i meri comportamenti (insidie e trabocchetti).

⁸ Corte cost., sent. 15 luglio 2022, n. 178, cit., p.to 3.2., per cui: "*L'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo si collega, dunque, a un comportamento materiale della pubblica amministrazione riconducibile all'omessa adozione dei provvedimenti organizzativi del servizio pubblico [di raccolta dei rifiuti]*".

Anche la previsione del risarcimento del danno connesso alle violazioni delle norme di selezione del contraente non ha inciso sulla qualificazione delle trattative, sempre pubbliche, e strutturalmente differenti da quelle tra privati perché impegnative per la parte pubblica, una volta avviate al condurle a termine con l'aggiudicazione e la stipula del contratto (ad esclusione, come ricordato delle motivate esigenze di recesso).

Anche i privati che partecipano ad affidamenti e gare pubbliche assumono un peculiare obbligo di “collaborazione e buona fede” come oggi esplicitato nella legge sul procedimento amministrativo che indubbiamente si applica anche ai contratti pubblici⁹.

L'operatore economico che non collabora e non segue le indicazioni delle procedure attuate su piattaforme digitali sarà considerato scorretto e potrà essere condannato al risarcimento del danno precontrattuale, ad esempio quando presenti offerte anomale occultando costi obbligatori.

Ed anche in tali casi non può dubitarsi che la giurisdizione resti comunque incardinata nel giudice amministrativo poiché segue la connessione con l'esercizio del potere, oltre alla giurisdizione esclusiva e per il principio della concentrazione delle tutele¹⁰.

9 B. SORDI, intervento nel seminario “Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni”, Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

10 Principio enunciato dall'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 104 del 2010, *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*: “1. La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”. Principio a garanzia della effettività della tutela richiesta dalla disciplina europea, nonché dall'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) che afferma, come espressione del diritto ad un equo processo, il diritto ad un ricorso giurisdizionale “concreto ed effettivo” (Corte EDU, 4 dicembre 1995, n. 23805/94, *Bellet c. Francia*) al fine di garantire il rispetto del principio della certezza del diritto (Corte EDU, 15 ottobre 2002, n. 55782/00, *Cañete de Goñi c. Spagna*), richiedendo la concentrazione dei processi connessi, come corollario derivante dei doveri di tempestività ed effettività della tutela, come ricordato in: G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., spec. 625 ss. Cfr. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, il Mulino, Bologna 2012, spec. 113 ss. e più di recente, E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna University Press, Bologna, spec. 311 ss.

Fasi che dalla programmazione alla pubblicazione di un bando e all'affidamento diretto o mediante i diversi metodi di selezione del contraente sicuramente integrano trattative precontrattuali inserite e formalizzate in procedimenti amministrativi funzionalizzati al perseguimento dell'interesse pubblico e come tali non separabili in fasi distinte, ma integrate oggi nella forma digitale dello svolgimento tracciabile su piattaforma.

Lo strumento digitale (necessario *by default*) innova il contenuto dell'attività, supera i formalismi, poiché si richiede la collaborazione del privato e la semplificazione della procedura nativa digitale in attuazione del principio del *once only* e assicura una completa tracciabilità¹¹.

La “buona contrattazione digitale” sarà verificata in corso di procedura ed *ex post* mediante la verifica di congruità dei risultati e la coerenza rispetto agli obiettivi di funzionalizzazione. Inoltre, nel tempo i dati raccolti costituiranno la base per l'applicazione degli strumenti di intelligenza artificiale, come già sperimentato in alcuni ordinamenti¹².

Nessuno spazio ai formalismi digitali, le piattaforme native digitali consentiranno i flussi di dati assicurando una sempre maggiore oggettività, tracciabilità e trasparenza mirata ai soggetti interessati e diretta, senza alcun onere aggiuntivo di ricaricamento di dati¹³.

11 F. RISSO, *La valutazione dell'offerta tecnica e la digitalizzazione*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 109 – 118.

12 A livello internazionale, il progetto Open Contracting Partnership mira a promuovere la diffusione di modelli e dati uniformi nei contratti pubblici, anche tramite la pubblicazione di report e linee guida. Si v.: OPEN CONTRACTING PARTNERSHIP, *Open Contracting Data Standard Guidance*, disponibile online a: <https://standard.open-contracting.org/latest/en/guidance/>. Degno di nota è inoltre il sistema di *e-procurement* ucraino ProZorro, elaborato da EBRD (*European Bank for Reconstruction and Development*) in collaborazione con Transparency International che attua i principi di trasparenza, accessibilità e interoperabilità dei dati sui contratti pubblici. E. NIEWIADOMSKA, C. NICHOLAS, *Transformational change: EBRD-UNCITRAL public procurement initiative revolutionises electronic public procurement*, in *Law in Transition Journal* 2020, 41 – 47.

13 La legge delega sui contratti pubblici (l. n. 78 del 2022, cit.) richiede di attuare “la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico” (art. 1, c. 2, lett. m) e questo “anche attraverso l'utilizzo di banche dati a livello centrale che riducano le incertezze in sede di qualificazione degli operatori nelle singole procedure di gara” (art. 1, c. 2, lett. s). M. LIPARI, *Le innovazioni per l'effettività della tutela*, in R.

Gli strumenti di intelligenza artificiale permetteranno di rilevare scostamenti e anomalie che potranno costituire i nuovi vizi da sindacare in caso di rilevate contraddittorietà.

2. Le trattative parallele e la correttezza intesa come non contraddittorietà

Di recente anche la giurisprudenza amministrativa ha accolto soluzioni da tempo sostenute come l'instaurazione di trattative “parallele” o “multiple” con gli operatori economici¹⁴, che possono determinare responsabilità precontrattuale “*anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito [e] in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica*”¹⁵.

Fin dalle fasi preliminari, quali l'analisi e la definizione dei fabbisogni, poi con la pubblicazione del bando, che costituisce anche un “invito ad offrire”, si formalizzano trattative che andranno ad instaurarsi con i partecipanti che presenteranno le rispettive offerte, che costituiscono anche proposte irrevocabili. In applicazione dei pubblicati criteri di aggiudicazione si individua l'aggiudicatario e si determina il recesso corretto dalle trattative con tutti gli altri partecipanti, non aggiudicatari.

Come ricordato, si tratta di trattative peculiari che vanno considerate in connessione alla specialità necessaria dell'azione amministrativa come diretta-

CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 87 – 94. Si v.: A. CORRADO, intervento nel convegno “La riforma digitale dei contratti pubblici”, inaugurazione della VII edizione del Master di II livello in Strategie per l'Efficienza, l'Integrità e l'Innovazione nei contratti pubblici (SEIIC), Università degli Studi di Torino, 20 giugno 2022. Cfr.: E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2022; ID., *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Dir. amm.*, n. 3/2022, 641 – 665.

14 Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 4 maggio 2018, n. 5, e ripreso dalle Ad. Plen. nn. 19, 20 e 21 del 2021, che accoglie le prospettazioni proposte fin dal 2000, in G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., spec. 41 ss.

15 Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, con nota di S. FOÀ, M. CALDERARO, *Responsabilità precontrattuale della P.A. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, in *Resp. civ. prev.*, n. 5/1598 – 1613.

mente correlate all'esercizio del potere pubblico, o agli atti consensuali di selezione del contraente¹⁶.

Come noto, nelle trattative tra privati, in assenza di formalismo procedimentale – che invece qualifica la gara pubblica – è sempre possibile il recesso e l'interruzione della negoziazione, con il solo risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale. Nelle procedure ad evidenza pubblica, il procedimento per la scelta del migliore contraente comporta il sorgere di trattative del tutto peculiari e differenti da quelle tra privati, proprio perché proceduralizzate nel perseguimento dell'interesse pubblico¹⁷. La qualificazione di questo rapporto pare fondare obblighi di protezione e di prestazione perché l'amministrazione pubblica, a differenza del privato, una volta avviato il rapporto negoziale, quantomeno dalla pubblicazione di un bando, ha l'obbligo di concludere il contratto, ovvero di annullare o revocare gli atti della procedura; più in generale ha l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso (atto formale)¹⁸, ovviamente restando impregiudicato l'esito verso i destinatari. Così l'attività volta alla stipulazione del contratto pubblico implica la necessità di un recesso dalle trattative con i partecipanti non aggiudicatari e questo recesso, ove conforme alla complessiva disciplina della selezione ed ai relativi principi, risulta corretto e legittimo e normalmente non determina alcuna responsabilità precontrattuale.

La sopravvenuta mancanza di risorse, come motivazione del recesso, è da considerare nella prospettiva dell'interesse pubblico e la scorrettezza nel com-

16 D. SORACE, *I limiti della specialità necessaria dell'azione amministrativa*, in *Riv. giur. mezz.*, n. 2/2016, 447 – 458. Cfr. G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018, 889 – 977.

17 Così anche: M. C. CAVALLARO, intervento nel seminario “Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni”, Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

18 Cfr. la giurisprudenza della Corte EDU (sent. 6 marzo 2007, n. 43662/98, *Scordino e altri c. Italia*) sulla cd. occupazione acquisitiva, sino alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 43, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità* (Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, Pres. Amirante; Red. Tesauro).

portamento di una ritardata comunicazione al destinatario è in ogni caso rilevante come violazione dell'obbligo di collaborazione e buona fede.

La possibile illegittimità del recesso e la scorrettezza del comportamento imputabile sia alla parte pubblica che all'operatore economico non escludono che entrambe le prospettive siano valutabili sempre nell'ambito della funzione pubblica. L'operatore secondo in graduatoria avrebbe così la possibilità di dimostrare che la procedura non sia stata svolta correttamente e, conseguentemente, la scorrettezza del recesso dell'amministrazione aggiudicatrice dalle trattative "multiple". In sede di autotutela o di ricorso giurisdizionale si potrà procedere alla correzione della scorrettezza ovvero al risarcimento del danno, con il riconoscimento del diritto alla stipula di quel contratto, e non di uno diverso, come tra privati. Tutto ciò segna una profonda differenza con le trattative tra privati, in cui né il privato aggiudicatario, né un terzo partecipante potrebbero dimostrare di avere diritto alla stipula del contratto per il quale si svolgono le trattative, se non nel peculiare caso di un previo contratto preliminare.

Questa rilettura della gara pubblica come connotata dalla correttezza procedimentale di entrambe le parti consente di sviluppare il ragionamento sulla buona fede precontrattuale in chiave di obblighi reciproci, non solo dell'amministrazione, ma anche degli operatori economici partecipanti alla gara, sempre correlati all'esercizio del potere di selezione del contraente ed agli atti consensuali connessi, nel rispetto dei principi nazionali ed europei¹⁹. In questa prospettiva se il privato ha presentato un'offerta anomala, l'amministrazione potrebbe domandare al giudice amministrativo il risarcimento del danno precontrattuale connesso allo spreco di risorse e tempo sopportato a causa di tale scorrettezza, in una prospettiva di reciprocità. Così un risarcimento del danno grava sul privato che rifiuti pretestuosamente di stipulare il contratto, non volendo adempiere alla proposta irrevocabile presentata in gara, costringendo

19 Così: D. SORACE, intervento nel seminario "Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni", Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

l'amministrazione appaltante a revocare l'aggiudicazione e a riaffidare il contratto ad un altro operatore economico a condizioni economiche meno favorevoli²⁰.

Un'interpretazione innovativa dell'azione amministrativa, responsabile, coerente con gli affidamenti suscitati sembra richiedere il rispetto di peculiari obblighi di correttezza nei rapporti con gli operatori economici, il che non può non valere anche "a parti invertite" con riferimento alla condotta del privato, seppure a sua volta connessa e destinata a confluire in atti dell'amministrazione²¹.

Il principio di buona fede, finalmente positivizzato nella legge sul procedimento amministrativo, viene ad assumere caratteristiche peculiari richiedendo un *quid pluris* rispetto alla buona fede tra privati e una correttezza che risulta "rafforzata"²². All'amministrazione pubblica si richiede uno sforzo maggiore in termini di trasparenza, tracciabilità, collaborazione e buona fede, secondo l'aderenza ad obblighi di condotta che sono in parte tipizzati dalle regole che disciplinano la scelta del contraente e che rimangono in parte atipici, a differenza di quanto normalmente avviene tra privati. Nessuna trattativa condotta da una pubblica amministrazione può essere assimilata a quelle tra privati perché in ogni caso risulta formalizzata e funzionalizzata all'interesse pubblico.

3. La necessaria collaborazione e buona fede dell'operatore economico per la verifica della qualificazione e l'esclusione dei gravi illeciti professionali

20 La fattispecie è stata recentemente decisa dal T.A.R. Toscana, sez. I, sent. 18 novembre 2022, n. 1348 che tuttavia ha declinato la propria giurisdizione in favore di quella del g.o., ritenendo il rifiuto dell'aggiudicatario di concludere il contratto (fatto generatore dell'illecito) estraneo all'esercizio di un potere pubblico.

21 Si v. in tal senso: Cons. Stato, sez. II, 31 dicembre 2020, n. 8546 in cui si afferma che la possibilità di agire in giudizio da parte dell'amministrazione è stata "*da sempre riconosciuta dal giudice amministrativo, avuto riguardo in particolare alle azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte nei confronti delle controparti private, per condotte scorrette nella fase delle trattative*" chiarendosi che la violazione della buona fede e correttezza "*genera non invalidità provvedimento, ma responsabilità. il che non può non valere anche con riferimento alla condotta del privato*".

22 Così già in: G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 601 ss.

Certamente, il rapporto fiduciario tra l'amministrazione e gli aspiranti contraenti presenta dei punti critici quali, ad esempio, la disciplina dei "gravi illeciti professionali" di cui la nuova legge delega richiede la *"razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione [...] al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe"*²³ con una regolazione omogenea e oggettiva degli stessi in conformità alle norme europee²⁴. La buona fede può operare nella fase preliminare della gara, in cui l'amministrazione deve decidere se assicurare "fiducia" all'aspirante contraente. I principi di collaborazione e buona fede reciproca impongono anche al privato di garantire correttezza e non contraddittorietà²⁵.

Si è ritenuto, in attuazione della delega, di formulare ipotesi e casistiche di "scorrettezza" del privato in presenza delle quali l'amministrazione dovrebbe escludere dalla gara l'operatore economico, che tuttavia scontreranno sempre il rischio della incompletezza e della genericità, con le conseguenti difficoltà interpretative e il connesso contenzioso²⁶.

23 Art. 1, c. 2, lett. n), l. n. 78 del 2022, cit.

24 Art. 57, par. 4, Direttiva 2014/24/EU e art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016.

25 Sulla buona fede in ambito processuale si v.: G. TROPEA, intervento nel seminario *"Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni"*, Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

26 Si v. l'art. 98, c. 4, lett. da a) a i), dello schema di Codice dei contratti pubblici, cit., ove vi si riportano nove categorie di fattispecie che integrano un *"Illecito professionale grave"*: "4. L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi: a) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto; b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione; c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale; d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori; e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa; f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne

Tale obiettivo può essere più efficacemente perseguito tramite la digitalizzazione che impone nuovo sistema basato piattaforme e strumenti innovativi che permettano di acquisire una grande quantità di dati tali da rendere evidente ed oggettiva la qualificazione e l'affidabilità dell'operatore economico, ovvero la sua mancanza²⁷. Nel caso i dati evidenzino rischi di scarsa affidabilità, si potrà aprire il contraddittorio e permettere all'operatore economico di fornire nuovi dati, di correggere ed integrare le risultanze della valutazione ottenuta digitalmente, così superando i rischi di carenze e arbitrarietà delle valutazioni²⁸.

cura la pubblicazione; g) contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo; b) contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei seguenti reati consumati: 1) abusivo esercizio di una professione; 2) reati fallimentari (bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito); 3) reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, delitti societari, delitti contro l'industria e il commercio; 4) reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1 lettere b) e c) del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria; 5) reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231; i) commissione, da parte dell'operatore economico, di condotte diverse da quelle di cui alle precedenti lettere, la cui gravità incida in modo evidente sull'affidabilità ed integrità del medesimo in misura tale da compromettere l'interesse pubblico". M. CLARICH, *Le innovazioni per la qualificazione degli operatori economici*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 79 – 85.

27 Art. 1, c. 2, lett. m) e art. 1, c. 2, lett. s), l. n. 78 del 2022, cit. La Guardia di Finanza del Veneto, anche in collaborazione con le Università, sta sviluppando algoritmi per l'analisi di oltre 160 banche dati, con un sistema applicativo, "P.R.I.C.E.", in grado di rilevare il rischio di operatori economici e amministratori. La Guardia di Finanza e il Presidente della Regione Veneto hanno firmato un protocollo che regola la collaborazione per prevenire l'insinuarsi di elementi fraudolenti, delinquenziali e mafiosi nei bandi del PNRR. Si v. l'intervento di G. MAINOLFI nel convegno "Il comune nella finanza globale: i conti pubblici nel "front office" dello Stato alla prova del NGUE", sessione "Le basi informative e le metodologie di analisi quantitativa. La dimensione locale e l'attuazione del PNRR", Venezia, 17 dicembre 2021. Sugli obblighi informativi del privato che non escludono il "potere/dovere" e "la connessa responsabilità dell'amministrazione di compiere autonomamente la valutazione" sulla qualificazione dell'operatore economico, specialmente tramite l'ausilio di strumenti informatici e banche dati: S. TORRICELLI, *Il principio di buona fede nelle procedure di gara, tra obblighi (dell'impresa) di informare e obblighi (dell'amministrazione) di informarsi*, in *Munus*, 477 – 498, spec. 483 ss.; ID., *Buona fede e conformazione degli obblighi informativi a carico dell'impresa partecipante alla gara. I punti fermi posti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 16/2020*, in *giust.amm.it*, 1 – 12.

28 Si v. l'art. 92 ("Procedimento di rilascio delle informazioni antimafia"), d.lgs. n. 159 del 2011, *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*, modificato dall'art. 48, c. 1, lett. a), d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. n. 33 del 2021, *Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*. Si v. l'intervento di S. PERONGINI, *Questioni controverse in tema di interdittive antimafia*, nel convegno "Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurispruden-

In tale prospettiva, il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico potrà costituire una sorta di “semaforo verde” per una gran parte degli operatori economici, liberandoli da oneri burocratici e affrancando le pubbliche amministrazioni dalla reiterazione di dispendiose verifiche dell'assenza di cause di esclusione e dei requisiti di qualificazione con il notevole conseguente contenzioso, spesso collegato a errori formali²⁹.

L'obiettivo è quindi superare il problema della tipizzazione delle cause di esclusione e facilitare il procedimento di qualificazione dell'operatore economico mediante l'analisi dati e l'interoperabilità delle banche dati.

Si chiederà agli operatori economici di collaborare aggiornando il proprio fascicolo virtuale in attuazione del nuovo “patto collaborativo digitale” fondato, oltre che sulla buona fede, anche sul principio del “*once-only*”. Tale principio comporta infatti che i documenti e i dati siano richiesti dalle pubbliche amministrazioni una volta sola, o, meglio, che siano acquisiti direttamente mediante sistemi informativi interoperabili. Ciò consentirebbe, anche nel settore dei contratti pubblici, l'effettiva attuazione dell'acquisizione e dell'accertamento d'ufficio previsti da tempo dalla legge sul procedimento amministrativo, superando l'autocertificazione, grazie all'interoperabilità delle banche dati e del-

za”, Consiglio di Stato, Roma, 1° aprile 2022. Si v. l'art. 98 (“Illecito professionale grave”) dello schema di Codice dei contratti pubblici, cit. in cui “*sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi*” (cfr. art. 95, c. 1, lett. c) su cui tuttavia residuano margini di interpretazione. Sul *self-cleaning* si v. il nuovo art. 96 (“Disciplina dell'esclusione”), c. 6 dello schema di Codice dei contratti pubblici, cit.: “*6. Un operatore economico [...] può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico*”.

²⁹ Si veda: M. LIPARI, *Le innovazioni per l'effettività della tutela*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., 87 – 94.

le piattaforme³⁰. Si impone così il superamento della “gelosia del dato” e con essa la realizzazione dell’ “*interoperability by default*”³¹. Tale principio potrà trovare puntuale applicazione nel settore dei contratti pubblici, specialmente nella prossima riforma³².

Questa trasformazione, supportata dall’intelligenza artificiale, permetterebbe inoltre, dopo aver verificato la correttezza e la buona fede degli operatori economici, di verificare anche in taluni casi la qualità delle offerte, aprendo alla possibilità di predisporre criteri di aggiudicazione che specifichino elementi di qualità misurabile con la previsione dei punteggi da attribuire sulla base di una scala di intervalli significativi per permettere l’assunzione di decisioni, anche automatizzate, che rendano oggettiva e trasparente la scelta del contraente, pur restando sempre verificabili *ex post*³³. Le Direttive europee già consentono tali

30 Art. 18, l. n. 241 del 1990, n. 241, cit. Si rinvia a: G. M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, Osservatorio Trasparenza, 1° giugno 2022.

31 G. M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI e G. M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l’attuazione della legge delega*, cit., 9 – 44. Si v.: ANAC, *Strategie e azioni per l’effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell’Autorità*, 27 maggio 2020, 12 ss. Cfr. Regolamento di Esecuzione (UE) 2019/1780 della Commissione del 23 settembre 2019 che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di avvisi e bandi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986 («formulari elettronici»), 25.10.2019, L 272/7; COMMISSIONE UE, *Interoperability in end-to-end eProcurement*, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Publications Office of the European Union, 2020; CONSIGLIO DELL’UNIONE EUROPEA, *Conclusioni del Consiglio. Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un’economia dell’UE resiliente*, 30.11.2020, 2020/C 412 I/01; COMMISSIONE UE, *Report on the ESPD survey*, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Publications Office of the European Union, 2020; COMMISSIONE UE, *Fit For Future Platform Opinion, Public procurement legislation (e-procurement)*, 2021/SBGR1/05, 10 December 2021. Si v. in Francia l’Art. R2143-4 del nuovo *Code de la commande publique* in vigore dal 1° aprile 2019, che consente all’operatore economico di presentare la propria candidatura tramite il *Document Unique De Marché Européen* (DUME) che consiste in uno scambio di dati strutturato, redatto secondo il modello di formulario per il documento di gara unico europeo. Il DUME, impostato in base ai requisiti inseriti nel sistema *e-Certis*, consente di recuperare automaticamente alcuni dati già detenuti dalle amministrazioni (es. in materia fiscale). Gli operatori economici possono riutilizzare il documento unico di gara europeo già utilizzato in una precedente procedura, a condizione che confermino che le informazioni ivi contenute sono ancora valide: così dal portale “CHORUS” per la redazione del DUME e la sua riutilizzazione (<https://dume.chorus-progouv.fr/#/accueil>).

32 Art. 1, c. 2, lett. s), l. n. 78 del 2022, cit.

33 Art. 1, c. 2, lett. t), l. n. 78 del 2022, cit.: “*individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte e tipizzazione dei casi in cui le stazioni appal-*

sperimentazioni, richiedendo che l'aggiudicazione sia "oggettiva". Ovviamente si tratterebbe di scelte da perseguire in relazione all'oggetto del contratto, con differenti possibilità di intervento di una commissione giudicatrice ove residuino spazi di valutazione non oggettivabili³⁴.

La Corte di Giustizia ha di recente precisato che i criteri di aggiudicazione devono sempre consentire all'amministrazione aggiudicatrice "*una valutazione efficace ed obiettiva delle offerte presentate*". Per garantire un raffronto oggettivo e scongiurare il rischio di trattamento arbitrario, che tali criteri siano definiti in modo dettagliato³⁵. Si esclude che i criteri di aggiudicazione possano attribuire all'amministrazione un'incondizionata libertà di scelta³⁶.

Si richiedono sotto-criteri sufficientemente precisi per assicurare una tale valutazione e permettere una effettiva tutela, preferibilmente mediante la correzione della violazione intervenuta. Una valutazione comparativa sufficiente-

tanti possono ricorrere, ai fini dell'aggiudicazione, al solo criterio del prezzo o del costo". Negli Stati Uniti, contro l'abuso dei prezzi nei contratti federali, la serietà delle trattative è assicurata dalla facoltà per i *contracting officers*, introdotta sin dal 1962 dal "*Truthful Cost or Pricing Data Act*" (anche noto come "*Truth in Negotiations Act*" o "*TINA*"), di richiedere agli operatori economici nei contratti sopra talune soglie di valore ulteriori "*certified cost or pricing data*" (come previsto dal "*Federal Acquisition Regulation*", *Subpart 15.4* – "*Contract Pricing*").

34 Direttiva 2014/24/EU, cons. 90: "*L'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte*".

35 Si v. di recente: Corte giustizia UE, Sez. IV, 17 novembre 2022, C-54/21, *Antea Polska S.A. et al. c. Panstwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie*, spec. p.to 92 in merito al bilanciamento tra la riservatezza con i principi di trasparenza nei contratti pubblici e di tutela giurisdizionale effettiva. Nel caso di specie, si trattava di informazioni attinenti alla "*concezione dello sviluppo del progetto*" e alla "*descrizione delle modalità di esecuzione del contratto*", pretesamente sottratti all'accesso in quanto considerati segreti commerciali. La Corte ha chiarito che le normative nazionali devono prevedere la definizione di quali informazioni siano da comunicare ai partecipanti, da considerare riservate, o segrete e da comunicare solamente in sede giudiziaria per un esame completo di fatto e di diritto. È dunque conforme al diritto dell'Unione la previsione *ex ante* di quanto dei dati che transitano nella piattaforma di *e-procurement* sia automaticamente ostensibile ai soggetti interessati: così nello schema di Codice dei contratti pubblici, cit., agli artt. 19 ("Principi e diritti digitali"); 20 ("Principi in materia di trasparenza"); 22 ("Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (e-procurement)") e 23 ("Banca dati nazionale dei contratti pubblici").

36 Art. 67 ("Criteri di aggiudicazione dell'appalto"), Direttiva 2014/24/EU, cit. I criteri di aggiudicazione non attribuiscono, in ogni caso, all'amministrazione aggiudicatrice un'incondizionata libertà di scelta, ma richiedono di "*garantire il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, al fine di garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte e quindi un'effettiva concorrenza*", come ribadito da: Corte giustizia UE, Sez. IV, 20 settembre 2018, *Montte SL c. Musikene*, C-546/16, p.to 31.

mente efficace del livello di prestazione presentato dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento di detti criteri.

La modellazione digitale, fin dalla definizione dei fabbisogni della parte pubblica con la conseguente progettazione, potrà garantire la permanenza del vincolo fiduciario specie in sede di esecuzione, a maggior ragione nel settore dei lavori pubblici ove persistono le maggiori difficoltà a “misurare” la *compliance* e la correttezza dell’operatore economico durante tutto il ciclo del contratto pubblico. La modellazione digitale potrebbe evitare comportamenti opportunistici degli operatori economici, aprendo a quel patto collaborativo di fiducia e correttezza prefigurato, superando il rapporto che vede ancora l’amministrazione aggiudicatrice come parte “debole” del rapporto amministrativo, a scapito della correttezza³⁷. Fiducia e buona fede tra stazione appaltante e operatore economico dovrebbero permanere in tutto il rapporto di selezione ed esecuzione del contratto, ma occorre precisare che questa fiducia oggi non può che basarsi su fatti, che possono essere acquisiti con qualunque mezzo, oggi digitale.

4. La concentrazione della tutela e la responsabilità per “comportamento” contrario alla buona fede e correttezza

La trasformazione digitale impone di riconsiderare anche il sistema delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni correlate all’evoluzione delle relative organizzazioni ed attività, nel perseguimento degli interessi pubblici a garanzia dei diritti fondamentali³⁸. La trasformazione digitale comporta una interpretazione evolutiva dei principi costituzionali poiché l’amministrazione è

37 A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 18 ss.

38 Si v.: PARLAMENTO UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, (2015/2103(INL)), cons. L). Cfr., di recente: COMMISSIONE UE, *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, Bruxelles, 26.1.2022 COM(2022) 28 final, 4, ove si evidenzia la necessità di “una trasformazione digitale dell’Europa entro il 2030, in linea con i valori europei”, in cui “imprese innovative e cittadini autonomi e responsabili coesistono in una società digitale antropocentrica, inclusiva, fiorente e sostenibile”.

chiamata a ricercare, in collaborazione con i cittadini e gli operatori economici, la migliore soluzione possibile, in modo da assicurare, un rinnovato ed effettivo “*buon andamento [...] dell'Amministrazione*”³⁹. L'espressa recente introduzione nella legge sul procedimento amministrativo dei principi di “*collaborazione e buona fede*” rafforza la funzionalizzazione dell'organizzazione e delle attività anche solo “*mediatamente esercizio di potere pubblico*”⁴⁰.

Pare dunque possibile considerare i principi di collaborazione e buona fede come posti a protezione rafforzata di tutti i rapporti giuridici amministrativi nel perseguimento della buona amministrazione digitale⁴¹. Da tali rapporti giuridici può derivare una responsabilità dell'organizzazione per violazione degli indicati principi⁴², collocandosi in continuità con un percorso di progressiva estensione della responsabilità della pubblica amministrazione⁴³ verso i cit-

39 F. MERUSI, *Buona fede e diritto pubblico*, in *Il principio di buona fede, Giornata di studio* (Pisa, 14 giugno 1985), Giuffrè, Milano, 1987, 75 – 82; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Giuffrè, Milano, 2001, spec. 158 ss. Cfr. G. ALPA, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Giust. civ.*, n. 1/2018, 5 ss.

40 Art. 7, c. 1, d.lgs. n. 104 del 2010, cit.

41 Cfr. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2018, 121 – 139; G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, n. 3/2019, 593 – 617.

42 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, cit., *passim*; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.

43 Distingue l'autonomia negoziale e il dovere di correttezza della pubblica amministrazione rispetto alla discrezionalità amministrativa: M. S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Urb. e app.* 1962, 303 ss., poi in *Scritti in onore di A. C. Jemolo*, Giuffrè, Milano, 1963, III, 263 ss. Si v. anche la Relazione dell'A. negli *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Giuffrè, Milano, 1965, 511 – 521, ove si considera che la cosiddetta responsabilità per violazione di interesse legittimo possa richiamare la responsabilità precontrattuale, come già rilevato nello studio del 2000, v.: G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit. Più di recente, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 601 – 639. Sull'evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione e delle connesse tutele risarcitorie v.: B. SORDI, Voce *Interesse legittimo*, in *Enc. dir., Annali*, II-2, 2008, Giuffrè, Milano, 709 – 729, spec. 727 ss.; D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, in *Dir. amm.*, n. 2/2009, 379 – 411; F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, spec. 316 ss.; N. PAOLANTONIO, *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie, per una guida effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2019, 1527 – 1550; M. C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *questa Rivista*, n. 1/2019, 39 – 52, spec. 49 ss. Per un superamento della focalizzazione sulle posizioni soggettive, nell'interesse all'effettività della tutela: F. G. SCOCA, *Fondamento e tutela delle*

tadini, le imprese e le organizzazioni complesse, in una nuova prospettiva funzionale, connessa alla digitalizzazione.

Anche nella recente prospettazione giurisprudenziale, la correttezza non appare più tanto o solo volta a favorire la conclusione di un contratto valido e socialmente utile, quanto quella di tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, senza subire interferenze illecite derivanti da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza, quindi funzionale alle regole di concorrenza e imparzialità⁴⁴. Si evidenzia la necessità di un rapporto corretto fin dalla pubblicazione del bando e non solo dopo l'aggiudicazione, accogliendo la prospettazione di trattative parallele condotte sulla base di principi e di una disciplina specifica⁴⁵.

Si riconosce inoltre la necessità della correttezza e coerenza nell'esecuzione, conformemente alla scelta concorrenziale fatta nella selezione, che non può essere modificata in sede di esecuzione, oltre ai limiti ammessi come "non significativi", che non determinano "*material amendments*"⁴⁶. L'ordinamento ri-

posizioni soggettive, intervento nel convegno "I principi di diritto amministrativo italiano tra innovazione e tradizione", Sapienza Università di Roma, 9 giugno 2022, presentazione del volume: A. ROMANO (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022.

44 Cons. St., Ad. Plen. 4 maggio 2018, n. 5 come ribadito dal Cons. St., Ad. Plen. 29 novembre 2021, n. 21, sulla necessaria serietà delle trattative finalizzate alla conclusione del contratto pubblico. È altresì noto l'orientamento precedente all'impianto costituzionale che interpretava il dovere di correttezza precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. come espressione della solidarietà "corporativa", dovere amplificato dal previgente art. 1775 c.c., (poi modificato dall'art. 3, d.lgs. Lgt. 14 settembre 1944, n. 287) che richiamava testualmente "*le regole della correttezza in relazione ai principi della solidarietà corporativa*". Si v. in particolare il par. 612 della Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile del 1942. Cfr. G. VETTORI, intervento nel seminario "Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni", Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022, nonché: ID., Voce *Contratto e Costituzione*, in *Enc. dir., I tematici. I. Contratto*, dir. da G. D'AMICO, 2021, Giuffrè, Milano, 226 – 291.

45 Cons. Stato, Ad. Plen., sent. 4 maggio 2018, n. 5; Ad. Plen. nn. 19, 20 e 21 del 2021. Cfr. N. PAOLANTONIO, intervento nel seminario "Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni", Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

46 Cons. Stato, Ad. Plen. 2 aprile 2020, n. 10, come già sostenuto in: R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 2/2010, 325 – 354; ID., *Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competitions to Symptoms of Corruption*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n. 4/2013, 279 – 293.

chiede, nei rapporti con la pubblica amministrazione, una buona fede “rafforzata” che risulta in parte tipizzata dalle norme procedurali da osservarsi ove non si voglia incorrere in scorrettezza, ed in parte resta atipica e include la coerenza e non contraddittorietà nel rispetto delle norme di azione e della disciplina della selezione. Le norme sulla correttezza nelle trattative sono sicuramente definite *per relationem* dalle norme di azione sulla conduzione delle trattative, ma non si esauriscono in esse. L’atipicità non è solo data dal vizio di eccesso di potere, che con le figure sintomatiche ha ottenuto nel tempo la sua relativa tipicità, ma dagli imprevedibili comportamenti in cui incorre l’amministrazione⁴⁷.

Si evidenzia il ruolo dell’intelligenza artificiale che consente di rilevare nel tempo i comportamenti dovuti nella fase delle trattative precontrattuali, offrendo soluzioni predittive che sono capaci di definire un nuovo elenco di “figure sintomatiche” della scorrettezza in ragione dei più frequenti tipi di trattativa. Impostazione che permette anche di superare la principale obiezione al modello della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, come avente natura giuridica contrattuale (*rectius*, da inadempimento)⁴⁸.

Il comportamento della parte pubblica risulta correlato al perseguimento dell’interesse pubblico e all’esercizio anche mediato di fatto e preparatorio del potere pubblico, che consente di superare e ricomporre le diverse questioni di giurisdizione, poiché si può affermare che il giudice amministrativo ha giurisdizione sulle trattative, anche a prescindere dall’ambito della sua giurisdizione esclusiva⁴⁹.

R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325 ss.

47 G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., spec. 221.

48 Per una ricostruzione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione come extracontrattuale, ma con attenzione all’evoluzione sulla consistenza e prova degli elementi costitutivi che tende a superare il modello tradizionale: M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 3/2022, 705 – 739, spec. 725 ss.; ID., *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile? Nota a Consiglio di Stato ad. plen.*, 23/04/2021, n. 7, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2022, 143 – 161.

49 F. G. SCOCA, *Fondamento e tutela delle posizioni soggettive*, intervento nel convegno “I principi di diritto amministrativo italiano tra innovazione e tradizione”, Sapienza Università di Roma, 9 giugno 2022, cit.

Si tratta, come sostenuto da tempo, di una responsabilità non da provvedimento, ma da comportamento (mai da comportamento mero), seppure sempre nell'ambito dell'esercizio di un pubblico potere in cui il giudizio sull'illegittimità si distingue da quello sulla responsabilità pur potendo, per certi versi, sovrapporsi. Tale giudizio in ogni caso si riferisce pur sempre all'esercizio del potere, talora annullabile, talora unicamente risarcibile o viceversa⁵⁰.

È quindi sufficiente qualificare la natura giuridica della responsabilità come “da inadempimento” di obbligazioni sorte sulla base di un rapporto giuridico amministrativo negoziale⁵¹, per superare la prospettazione del mero “contatto sociale”⁵². La giurisdizione “unica” del giudice amministrativo sulla responsabilità da scorrettezza assicura una tutela piena ed effettiva al ricorrente secondo i principi costituzionali e del diritto europeo per garantire la concentrazione della tutela, richiesta dalla richiamata transizione digitale (art. 6, CEDU)⁵³.

5. Verso una “buona contrattazione digitale”

La transizione digitale e l'adozione di atti nativi digitali su piattaforme interoperabili permetteranno di seguire in modo diverso e continuativo le attività,

50 A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2/2004, 209 – 229; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005, 159 e ss. Non è escluso che i giudizi sulla legittimità degli atti e sulla conformità a correttezza possano sovrapporsi: nel giudizio di responsabilità, l'illegittimità degli atti può assumere rilevanza quale circostanza sintomatica della scorrettezza realizzata dell'amministrazione. Sul tema v. *amplius*: G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., spec. 358. Si v. anche in giurisprudenza, da ult.: Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2709; T.A.R. Lazio, Sez. III, 7 luglio 2022 n. 9338.

51 Sul tema si v. ampiamente: A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts: La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. Dir. civ.*, 2013, 74 – 108 e ID., *“Contatto sociale” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *Jus Civile*, n. 3/2017, 185 – 193.

52 Il riferimento va per tutti a: L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 361 ss. ora in *Scritti, Obbligazione e negozio*, Giuffrè, Milano, 2011, 267 – 282, spec. 268, che richiama la distinzione tra doveri relativi, propri della responsabilità contrattuale (tra cui ricade quello di buona fede) e doveri assoluti, tipici del modello extracontrattuale.

53 Art. 1, c. 1, d.lgs. n. 104 del 2010, cit.

con la possibilità di configurare responsabilità per violazione dei principi di collaborazione e buona fede come responsabilità da “scorrettezza generalizzata”.

La tracciabilità digitale dei comportamenti e degli atti procedimentali richiede coerenza e non contraddittorietà nel perseguimento di una funzione, di un interesse pubblico. Una responsabilità che si fonda e richiede una nuova “attività conoscitiva digitale” che verifichi dati e fatti e assicuri l’adeguatezza dell’organizzazione pubblica rispetto allo svolgimento delle funzioni ed alla gestione dei rischi, per la soddisfazione dei bisogni sociali⁵⁴. Si è detto che tale responsabilità si fonda sul rapporto giuridico amministrativo⁵⁵ che integra un rapporto giuridico “negoziale” ove volto alla stipulazione di un contratto in applicazione della disciplina nazionale ed europea⁵⁶.

L’adeguatezza dell’organizzazione deve assicurare l’assolvimento degli obblighi procedimentali di informazione, di pubblicità, di non aggravamento, che costituiscono obblighi di protezione che parte pubblica deve assolvere per la sua peculiare posizione, ancor più e con connotazioni peculiari (“buona fede rafforzata”) rispetto alle altre organizzazioni complesse⁵⁷.

Come ricordato, la digitalizzazione rende evidenti la connessione dei dati e dei fatti incidendo sulla qualità dell’istruttoria e delle connesse attività e responsabilità. Pare quindi necessario anche un ripensamento delle concezioni strutturali della responsabilità come sanzionatoria, preventiva e riparatoria, sempre nella prospettiva di una progressiva estensione. Pare opportuno considerare le prospettive funzionali, verso la definizione di *standard* di azione (efficienza, efficacia ed economicità), con un riequilibrio di posizioni e la conse-

54 F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1967.

55 F. G. COCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2020, 1097 – 1112.

56 G. M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 601 ss.

57 Sull’individuazione di obblighi di protezione della p.a. e delle altre organizzazioni complesse: A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa»* (*Sonntagsgedanken*), cit., 159 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, cit., 13.

guente allocazione dei rischi, con individuazione dei costi/benefici, dei profili assicurativi, con analisi dell'impatto delle decisioni, anche giurisdizionali⁵⁸.

La correttezza infatti oggi richiede digitalizzazione, analisi dati ed applicazione di algoritmi che da una più approfondita conoscenza dei fatti e degli atti assicurino imparzialità e buon andamento per la qualità dei servizi⁵⁹. In questa prospettiva le responsabilità andrebbero imputate all'organizzazione, limitando la responsabilità del funzionario ai casi in cui il suo comportamento sia all'evidenza deviante dagli *standard* funzionali o di servizio, perché l'errore o il danno da applicazione dello *standard* resta un danno dell'ente, assicurato congruamente da quest'ultimo secondo gli indici statistici o predittivi desunti dall'intelligenza artificiale⁶⁰.

Nella prospettiva già offerta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, le responsabilità dell'organizzazione conducono ad un'evoluzione che potrebbe evitare quei fenomeni di estensione ed abuso della responsabilità civile, di *overcompensation* che, soprattutto in passato, si sono verificati quando ad esem-

58 S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura, funzione e « valori »*, in *Resp. civ. prev.*, n. 4-5/1994, 543 – 558. Si v.: ID., intervento nel convegno “*A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno*”, Consiglio di Stato, Roma, 16 dicembre 2019. Un'indagine di tipo “funzionale” della responsabilità civile è, come noto, evidenziata da: S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964 e G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975. Sull'evoluzione e sulla funzione “sociale” dell'assicurazione nel sistema della responsabilità medico-sanitaria si v.: M. P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Jovene, Napoli, 2017, spec. 14 ss. Sul collegamento tra responsabilità civile e assicurazione per garantire l'effettività della tutela, si v.: G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, in *Dir. ec. ass.*, n. 2/2011, 571 – 577; ID., *Assicurazione e responsabilità civile*, in G. AJANI, A. GAMBARO, M. GRAZIADEI, R. SACCO, V. VIGORITI, M. WÄELBROECK, *Studi in onore di Aldo Frignani: nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Jovene, Napoli, 2011, 405 – 410.

59 M. C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *European Review of Digital Administration & Law*, n. 1-2/2020, 69 – 74; M. C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, n. 16/2019, 1 – 22.

60 R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2021, 73 – 82; ID., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 305 – 328.

pio per la consistenza dei risarcimenti riconosciuti agli operatori economici, conveniva non vincere la gara e non chiedere di eseguire il contratto pubblico⁶¹.

La possibilità di accedere a dati e informazioni in misura “aumentata” grazie alla digitalizzazione, richiede, nei settori ad elevati livelli di complessità e di rischio, come gli appalti, o la sanità, un’“amministrazione responsabile”⁶². Si tratta di “*spostare la propria attenzione dal trattamento alla prevenzione*”⁶³ nonché di dispiegare azioni mirate per un migliore adeguamento dell’amministrazione alla “società del rischio”⁶⁴. Il metodo e gli strumenti della digitalizzazione, tramite

61 Sotto il profilo del *quantum* risarcitorio, sull’evoluzione giurisprudenziale del criterio del dieci per cento del valore dell’appalto, in analogia con l’art. 344, l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, *Legge sulle Opere pubbliche*, proposto come orientativo nel 1998 per responsabilizzare le amministrazioni in: G. M. RACCA, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l’affidamento di appalti pubblici*, cit., 156 – 166, spec. 161, si v. di recente: ID., *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., 601 ss.
62 F. G. SCOCA, *Per un’amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, n. 6/1999, 4045– 4062. Per un inquadramento nella sanità si rinvia a: G. M. RACCA, *Voce Salute*, in *Enc. dir., I tematici. III. Funzioni amministrative*, dir. da B.G. MATTARELLA e M. RAMAJOLI, Giuffrè, Milano, 2022, 995 – 1015.

63 PARLAMENTO UE, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, cit., p.to 34, sull’impiego degli strumenti dell’innovazione tecnologica per il perseguimento dell’interesse generale e del benessere dei cittadini. Si v. G. SDANGANELLI, *La gestione del rischio clinico e delle connesse responsabilità per l’effettività del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, n. 5/2022, 214 – 235. Per un differente ambito di responsabilità: cfr. COMMISSIONE UE, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence*, “AI Liability Directive”, Brussels, 28.9.2022, COM(2022) 496 final, 2022/0303 (COD). La direttiva persegue “*a minimum harmonisation approach*” (cons. 14); non ha ad oggetto aspetti generali della responsabilità civile, già disciplinati a livello nazionale (“*such as the definition of fault or causality, the different types of damage that give rise to claims for damages, the distribution of liability over multiple tortfeasors, contributory conduct, the calculation of damages or limitation periods*”, cons. 10) ma introduce un obbligo di “*Disclosure of evidence*” (art. 3) con un alleggerimento dell’onere della prova tramite una “*presumption of non-compliance*” (art. 3, c. 5) e una presunzione di causalità in caso di violazione del dovere di diligenza stabilito dalle leggi dell’Unione o nazionali (articolo 4), in modo da offrire una protezione e garanzie più ampie per i danni cagionati da tali sistemi di IA. Si v. A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, in *Biolaw Journal*, n. 2/2021, 411 – 417; ID., *Intelligenza artificiale e futuro delle libertà costituzionali*, in R. CAVALLO PERIN, *L’amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull’intelligenza artificiale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021, 55 – 59.

64 R. FERRARA, *L’ordinamento della Sanità*, Giappichelli, Torino, 2020, spec. 23 ss.; L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l’autorità*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2013, 61 – 130.

Si v. J.-B. AUBY, *Le droit administratif dans la société du risque : quelques réflexions*, *Rapport public 2005 : jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque*, in *La Documentation française*, 2005, 351 – 357; su cui anche: F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.

un'analisi più intensa dell'organizzazione e delle attività amministrative, consentirebbero, pertanto, di definire uno *standard* di correttezza e collaborazione tale da integrare il buon andamento oggettivo dell'amministrazione, finalmente adeguata al soddisfacimento dei nuovi bisogni sociali nella prospettiva digitale⁶⁵.

Le responsabilità dell'organizzazione, con la richiamata possibilità di correggere le disfunzioni, permettono l'allocazione dei rischi e il ristoro dei danni secondo un bilanciamento adeguato a tutelare le parti coinvolte⁶⁶.

Certamente l'uso dei nuovi strumenti digitali, delle piattaforme e della tecnica della standardizzazione impone l'adozione di presidi di legalità, per evitare abusi e disfunzioni. Criticità e rischi che possono essere individuati e perseguiti proprio tramite gli strumenti offerti dall'analisi dati e dall'intelligenza artificiale, come accaduto già in alcune significative esperienze, che paiono trovare attuazione nella prossima riforma⁶⁷.

65 D.-U. GALETTA, *Buona amministrazione e LA: il ruolo del responsabile del procedimento*, intervento nel convegno "I caratteri della pubblica amministrazione a più di vent'anni dal decreto legislativo n. 165/2001", Università degli Studi di Torino, 17 marzo 2022. Così anche: L. R. PERFETTI, intervento nel seminario "Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni", Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

66 M. TRIMARCHI, intervento nel seminario "Buona fede? Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni", Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022.

67 Art. 1, c. 2, lett. m) e art. 1, c. 2, lett. s), l. n. 78 del 2022, cit. Si v. l'intervento di G. MAINOLFI, *Digitalizzazione dei contratti pubblici: piattaforme e data analysis*, nel convegno "La digitalizzazione e l'organizzazione della pubblica amministrazione", Università Ca' Foscari, Venezia, 4 novembre 2022. Così: A. CORRADO, intervento nel convegno "La riforma digitale dei contratti pubblici", inaugurazione della VII edizione del Master di II livello in Strategie per l'Efficienza, l'Integrità e l'Innovazione nei contratti pubblici (SEIIC), Università degli Studi di Torino, 20 giugno 2022. Sul consolidamento del patrimonio informativo basato sui dati, l'Unione europea sin dal febbraio 2020 ha promosso la creazione di spazi di dati in settori strategici quali: salute, agricoltura, industria manifatturiera, energia, mobilità, finanza, pubblica amministrazione, competenze, *European Open Science Cloud*, con l'obiettivo trasversale di raggiungere gli obiettivi del *Green Deal*. Si v. Regolamento UE 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (*Regolamento sulla governance dei dati*). Si v. la proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (*normativa sui dati*), Bruxelles, COM(2022) 68 final 2022/0047 (COD), 23 febbraio 2022. In ambito sanitario: COMMISSIONE UE, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari, Strasburgo, 3.5.2022, COM(2022) 197 final,

La digitalizzazione richiede un nuovo rapporto di collaborazione e buona fede che fondi un rapporto di fiducia reciproca e di “alleanza digitale” tra amministrazione e operatori economici, nel perseguimento del comune interesse alla corretta selezione e tempestiva esecuzione dei contratti pubblici, con un’evoluzione del rapporto giuridico amministrativo che permetta di rifondare le basi della “buona contrattazione digitale”.

2022/0140(COD) e Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Uno spazio europeo dei dati sanitari: sfruttare il potenziale dei dati sanitari per le persone, i pazienti e l'innovazione*, Strasburgo, 3.5.2022, COM(2022) 196 final. Sulle prospettive dei singoli spazi di dati: COMMISSIONE UE, *Staff Working document on Data Space*, SWD(2022) 45 final, 23 febbraio 2022.

LUCA R. PERFETTI

Direttore scientifico di PA Persona e Amministrazione

luca.perfetti@belex.com

DIAFORA DELLA BUONA FEDE

AGGIORNAMENTI DAL DIRITTO DELL'ECONOMIA

GOOD FAITH REVERSED

UPDATE FORM ECONOMIC LAW

SINTESI

La clausola della buona fede, fin dal suo affermarsi nei rapporti di diritto pubblico, ha avuto la funzione di far emergere e proteggere pretese della persona nei confronti del potere. Sia che sia ritenuta parametro di legittimità degli atti di esercizio del potere, sia che sia intesa come fonte di responsabilità della pubblica amministrazione, non è seriamente discutibile il fatto che la buona fede contenesse una pretesa nei confronti dell'autorità.

Come tutte le clausole generali, la buona fede è un tessuto normativo aperto, attraverso il quale entrano nella fattispecie elementi che sono fortemente condizionati dal momento storico in cui agisce l'interprete. In questi termini, serve un'attenta vigilanza degli studiosi sui suoi usi pratici.

Proprio in questa prospettiva, il lavoro è diretto a mettere in luce alcuni profili di ribaltamento della funzione della buona fede e, per far ciò, si concentra nel perimetro del diritto pubblico dell'economia, settore dell'ordinamento che più si presta a porre in luce i profili che rilevano per l'analisi; poiché è difficile perimetrare il diritto pubblico dell'economia come settore dell'ordinamento, il metodo che viene prescelto è sostanzialmente casistico.

Per poter condurre l'analisi in modo adeguato è necessario porre in luce diverse declinazioni della buona fede: buona fede in senso stretto; buona fede / legittimo affidamento; buona fede / stabilità; buona fede / certezza del

diritto. Analizzando questi quattro diversi profili rilevanti della buona fede emergeranno due diversi percorsi di ribaltamento della funzione della buona fede.

In primo luogo sarà possibile mettere in luce l'affermazione della buona fede/ stabilità – in prospettiva neoliberale – come tecnica autoritaria attraverso la quale derogare alle regole ordinarie per assicurare il risultato finale di un'operazione economica, limitando diritti e tutela giurisdizionale; al contrario, del tutto frustrata è la pretesa alla certezza del diritto (come quella alla protezione dell'affidamento), attraverso specifiche tecniche giuridiche: vaghezza delle norme; leggi-provvedimento; limitazioni della tutela; eliminazione del provvedimento amministrativo attraverso la coppia decreto legge / operazione commerciale.

In secondo luogo, ed in misura minore, emergono ipotesi di utilizzo della buona fede per comprimere le pretese del privato a favore dell'autorità.

L'indagine si compie esemplificando attraverso la soluzione delle crisi bancarie; le leggi emergenziali; le limitazioni al giudice amministrativo; i golden powers; la cyber security; le concessioni autostradali.

Infine, si mette in luce come il dovere costituzionale di solidarietà, che la gran parte della letteratura pone a fondamento della buona fede, sia suscettibile di essere utilizzato in senso del tutto opposto secondo una logica neoliberale.

ABSTRACT

Good faith, ever since its emergence in public law relations, has had the function of bringing out and protecting claims of the individual against power. Whether considered as a parameter of legitimacy of public decisions or as a source of public administration liability, it is not seriously debatable that good faith contains a claim before authority.

Nonetheless, like all general clauses, good faith is an open regulatory fabric, through which elements enter the legal order, strongly conditioned by the

historical moment in which the interpreter acts. In these terms, a careful vigilance of scholars on its practical uses is required.

Precisely from this perspective, the work is directed at highlighting certain profiles of the reversal of the function of good faith and, in order to do so, it focuses on the perimeter of public economic law, a sector of the legal system that is most suited to highlighting the profiles that are relevant to the analysis; since it is difficult to perimeter public economic law as a sector of the legal system, the method that is chosen is substantially casuistic.

To conduct the analysis properly, it is necessary to highlight different declinations of good faith: good faith *strictu sensu*; good faith/legitimate expectation; good faith/stability; good faith/legal certainty. By analyzing these four different relevant profiles of good faith, two different paths of reversal of the function of good faith will emerge.

Firstly, it will be possible to highlight the enforcement of good faith/stability - in a neo-liberal perspective - as an authoritarian technique through which to derogate from the ordinary rules to ensure the final result of an economic operation, limiting rights and jurisdictional protection; on the contrary, the claim to legal certainty (like that to the protection of legitimate expectations) is completely frustrated, through specific juridical techniques: vagueness of the norms; laws-law or tailor made laws; limitations of protection; elimination of administrative decision through the decree-law/commercial operation pair.

Secondly, and to a lesser extent, hypotheses emerge of the use of good faith to compress the claims of the private individual in favor of the authority.

The investigation is carried out by way of example through the resolution of banking crises; emergency laws; limitations on the administrative procedure and judge's powers; golden powers; cyber security; motorway concessions.

Finally, it highlights how the constitutional duty of solidarity, which much of the literature places as the foundation of good faith, is susceptible to being used in the opposite sense according to a neo-liberal logic.

PAROLE CHIAVE: buona fede – affidamento – certezza del diritto – autoritarismo – solidarietà – banche – poteri speciali del Governo – concessioni – processo amministrativo – deroga ed eccezione – poteri impliciti – cyber sicurezza.

KEYWORDS: good faith – legitimate expectation – legal certainty – authoritarianism – solidarity – Banks – golden power – administrative concessions – administrative procedure – derogation or exception – implicit powers – cyber security -

INDICE: 1. Esergo e funzione del discorso. – 2. Ordine della trattazione. – 3. Anagrafe dei concetti. – 3.1. L'affidamento. – 3.2. Buona fede e stabilità del rapporto. – 3.3. Buona fede e prevedibilità delle regole e delle decisioni. – 3.4. Buona fede in senso stretto – 4. Antanaciasi. – 4.1. Chiarimento metodologico. – 4.2. Affidamento. Il caso delle crisi bancarie. – 4.3. Stabilità. Le leggi-provvedimento; le norme derogatorie e speciali; le contrazioni del sindacato giurisdizionale. – 4.4. Chiarezza e prevedibilità. I poteri speciali del Governo (o *golden powers*); la *cyber security*; i poteri impliciti. – 4.5. Buona fede in senso stretto. Il caso delle concessioni autostradali. – 5. Prosecuzione.

*«nelle considerazioni
umane il diritto è
riconosciuto in seguito a
una uguale necessità per le
due parti, mentre chi è più
forte fa quello che ha
potere di fare e chi è più
debole cede».*

Tucidide, *La guerra del
Peloponneso*, V, 89

1. Esergo e funzione del discorso

Il problema delle clausole generali ⁽¹⁾ non può essere limitato ad un problema di tecnica del diritto, di analisi normativa, di applicazione giurisdizionale;

1 Per il compiuto esame del tema mi sembra più che adeguato rinviare a V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010; ponendosi il problema, tipicamente analitico, di fornire una definizione ricognitiva degli usi linguistici correnti del termine, la ricerca giunge alla conclusione che con clausola generale si intende «un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile» se non «facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti».

tanto meno nel diritto amministrativo. A nessuno, infatti, sfugge la questione per la quale attraverso l'enunciato che esprime la clausola, l'ordinamento positivo si apra a significati che sono propri del momento storico in cui l'interpretazione ed applicazione della norma accade. Si tratta di un problema ben noto, così come sono note le soluzioni che si sono proposte al problema ⁽²⁾.

In momenti di trasformazione profonda del sistema – come quello che stiamo attraversando – la questione si pone con particolare delicatezza, e non pare consentito rifugiarsi nella pura sapienza tecnica, pena il trascolorare a manutentori di un sistema che altri trasformano in modo decisivo.

Per questo motivo, mi è sembrato urgente, nel recente passato, fornire una possibile soluzione, sicché la clausola generale non rinvii a valori, principi etici, creazionismo giurisprudenziale, vario almanaccare di dispositivi ancor più vaghi della clausola stessa, ma ad un ordinamento giuridico – da interpretarsi con le categorie che sono proprie di questo sistema – per quanto non positivo e non statale ⁽³⁾. Indipendentemente dal successo del tentativo o delle obiezioni

2 Non è questa la sede per una riflessione circa le clausole generali – per le quali, se proprio interessasse l'opinione di chi scrive, si può rinviare a *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. It.*, 2012, 1213 e, più diffusamente, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 299.

Tuttavia, per una lettura che rinvia ai valori in funzione di eterointegrazione, occorre naturalmente rinviare a C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *ivi*, 1986, 5 (più di recente, per una ripresa della questione della legislazione per principi, L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 411 e, ancor più recentemente sul tema, A. ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, *ivi*, 2021, 3, anche con riguardo al rilievo del principio di solidarietà, sul quale si tornerà); P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 1. Su tutti questi contributi, ormai classici, comunque, le osservazioni critiche di V. VELLUZZI, *op. ult. cit.*, 65 (particolarmente, nt. 5).

Per la nota impostazione secondo la quale le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito dei principi' (*ivi*, 721) S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 e, più recentemente, *ID.*, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. Di Majo, *Lezioni sul contratto*, Torino, Giappichelli, 2009, 97 e, comunque, M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 893.

Fondandosi sull'idea della auto-referenzialità del sistema giuridico, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, Giappichelli, 2006.

3 Sia consentito il rinvio, per brevità, ai lavori di chi scrive, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 299; *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam 2016, 1153; *Analisi economica, amministrazione di risultato e metodo giuridico in Antonio Romano Tassone. Osservazioni minime intorno alla rela-*

che vi si possono muovere, non penso si possa seriamente trascurare l'esigenza che lo animava, così come confermano proposte anche molto differenti ⁽⁴⁾. Si tratta di porre il tema nella prospettiva della coscienza del ruolo del giurista, con consapevolezza delle trasformazioni del potere pubblico che sono evidentemente in atto.

La questione della buona fede – ed in particolare del suo uso nel diritto dell'economia, cui queste pagine sono dedicate – mi pare una buona dimostrazione di questo problema.

Infatti, siamo abituati a pensare che questa clausola assolvà ad una funzione paritaria o, per i più, solidaristica ⁽⁵⁾, contribuisca in modo decisivo alla nostra civiltà giuridica e su questa si fondi ⁽⁶⁾; tuttavia, ciò vale solo a prezzo di

zione tra ordine giuridico dell'autorità ed ordine giuridico della società, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 2005; *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *questa Rivista*, I (2017), *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la xvii legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2021.

4 Ad esempio, molto recentemente, il profondo studio di G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, Napoli, ES, 2023, *passim*, che pura affrontando apertamente i temi rilevanti – senza indugiare, come buona parte della nostra dottrina – nella descrizione o nella ricapitolazione di sistematiche largamente superate dalla realtà dell'ordinamento e della vita, giunge a conclusioni apertamente diverse dalle mie.

5 Non è necessario al nostro discorso discutere analiticamente i contributi della scienza del diritto privato e, anche ammettendo che chi scrive ne abbia le competenze, un simile sforzo eccederebbe le dimensioni di questo contributo. Per un'analisi ed ampia trattazione recente, si potrà rinviare ad A. ALBANESE, *op. ult. cit.*; sempre in tempi recenti, è prezioso per il nostro discorso V. BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fat-tispecie*, in *Europa e diritto privato*, 2021, 553 ed imprescindibili sono i lavori di G. VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2022, 185 e ID., *Contratto e costituzione*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, Milano, 2021, 287.

Per un indagine complessiva del tema, ben si può rinviare a F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2015.

Quanto alla buona fede nella prospettiva dell'integrazione della disciplina negoziale, oltre al più che noto lavoro di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 – utile ai nostri fini anche per la fondazione nel dovere di solidarietà – si debbono tenere presenti C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti in generale*, seconda ed., II, Torino, Giappichelli, 2006, 1173.; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, II, 39.

Quanto al profilo attinente alla buona fede come regola di validità o attributiva di responsabilità, si può rinviare a G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, ESI, 1996.

6 Più che ovvio il riferimento a F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.

dimenticare che la giurisprudenza nazista ne fece strumento per stravolgere il volto del BGV e raggiungere decisioni razziste ed inumane.

In altri termini, il principio di buona fede propaga per l'ordinamento letture non politicamente neutrali e – ed è questo il profilo che qui si vuole studiare – può assolvere sia alla funzione di affermare diritti della persona nei confronti del potere che al compito contrario, sicché non sembra possibile occuparsene se non con una coscienza critica particolarmente vigile, non accontentandosi del solo tecnicismo.

In particolare, la parabola storica della clausola di buona fede nel diritto pubblico mostra il passaggio da una fase nella quale non se ne riteneva possibile l'applicazione al rapporto con il potere ad una, più recente, nella quale suoi usi particolari sono stati teorizzati dalla dottrina e, poi, praticati dalla giurisprudenza, fino a divenire un principio generale del rapporto per espresso riconoscimento della legge; la fase più recente, però, pone in evidenza – almeno a mio modo di vedere e come si cercherà di mostrare – una frequente inversione del dispositivo, una diafora sicché la buona fede non è più la buona fede.

Infatti, sul versante del rapporto con l'amministrazione pubblica ed il suo potere gli usi che si sono andati affermando nella seconda metà del Novecento sono stati superati dalla loro codificazione legislativa – fino a rendere la buona fede rilevante, sostanzialmente, quasi solo sul versante della responsabilità civile dell'ente (7) – mentre, al contrario, in tempi recentissimi codesti usi segnano il trasloco della clausola dalla limitazione del potere al versante della legittimazione del suo esercizio. Da strumento di controllo della legalità – e della giustizia sostanziale – dell'esercizio del potere, la buona fede ne diviene fonte, e non di rado laddove una fonte legislativa manca o si mostra troppo debole per reggere l'espressione di autorità. Nella dinamica del rapporto, poi, se la buona fede ha

7 Prospettiva nella quale non sembra si possa ritenere altro che, a fronte della generale applicazione delle regole del diritto civile, la buona fede non è che parte essenziale di questo insieme di regole, sicché affermare che sul versante della responsabilità civile l'amministrazione risponde secondo le norme del diritto privato significa assorbire interamente il rilievo della buona fede in questa affermazione.

avuto la funzione di affermare la paritarietà del rapporto nell'esercizio della funzione, con ancor più pregnante applicazione nelle relazioni rette dal diritto privato, in tempi recenti si mostrano usi diretti, invece, ad affermare supremazia pubblica (come nelle concessioni) o a limitare diritti di persone e organizzazioni private nei confronti del potere (come avviene rispetto alla contrazione della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione).

La buona fede, affermata come regola paritaria del rapporto e parametro di legittimità dell'esercizio del potere, non è più la buona fede, giacché diviene fonte di poteri procedimentali e sostanziali integrando la legge – in funzione, quindi, autoritaria; da presidio di libertà e diritti, diviene parte dell'attrezzatura autoritaria dello stato ordoliberales, più recentemente, caratterizzato dalla permanenza dell'emergenza e dal continuo ricorso alla deroga. Il diritto pubblico dell'economia è uno dei terreni di emersione di quest'uso autoritario della buona fede o, più semplicemente, di palese smentita della sua funzione – come si spera di indicare.

Un'ultima piccola premessa è forse utile: nella complessiva – ed evidente – crisi dello Stato-di-diritto e dello stesso Stato-costituzionale, travolto dall'onda ordoliberales che funzionalizza in modo pragmatico il diritto al conseguimento di risultati economici, così come spazzato via dalla coppia globalizzazione economica / tecnologia, non sembra facile trascurare il fatto che gli strumenti di comando pubblico – legge, provvedimento amministrativo, sentenza – si vadano omologando in una pragmatica funzionalizzazione al conseguimento del risultato materiale singolo ed immediato, in una logica che prescinde del tutto dal sistema giuridico (e dal diritto pubblico come sistema) sia perché non ne avverte alcun bisogno, sia perché il sistema – con la sua naturale capacità di costruire garanzie – costituisce un impedimento al conseguimento efficace del risultato del comando. La clausola di buona fede, con la sua naturale vocazione sistemica ed ordinante, non può non venirne influenzata.

Sarebbe agevole osservare che la sua natura di *Ventilbegriffe* la rende agevolmente preda della cultura giuridica e non del momento presente; ma non è solo questo. Il problema non è neppure quello del tentativo di disinnescare la sua naturale valenza sistematica – anche attraverso usi linguistici variegati, sicché qui immediatamente di séguito sentiremo il bisogno di proporre una piccola anagrafe dei concetti. La questione più sottile – e quindi pericolosa – è data dagli usi della solidarietà che si sono andati affermando nell'ordinamento negli ultimi anni.

Proprio il cuore della clausola – nelle sue letture costituzionalmente orientate e di maggiore successo fin dalla fine del Novecento – deve fare i conti con l'affermarsi dell'idea della solidarietà come fonte di soggezione al comando pubblico. In questi termini, che si cercheranno di illustrare in chiusura, la clausola cessa di avere la funzione di valvola di disinnescamento del potere per divenire, invece, al contrario, fonte (A) di integrazione della legalità e della legittimazione giuridica del comando – integrando fattispecie che altrimenti non lo fonderebbero interamente ovvero non nella misura o nell'effetto desiderati – e (B) di compressione delle opponenti situazioni giuridiche soggettive della persona o delle sue organizzazioni (anche d'impresa), perché pretese fondate e comportamenti legittimi saranno qualificati come privi di protezione giuridica perché contrari ad un dovere di solidarietà che consiste, sostanzialmente, nella rinuncia all'esercizio di diritti fondamentali (anche economici) per ragione dei doveri di solidarietà che si impongono per la salute pubblica (le vicende della pandemia dal 2020 sono lì a dimostrare, senza bisogno di eccessiva argomentazione, questa diafora della solidarietà, aggravante di quella della buona fede). Di nuovo, il terreno del diritto dell'economia si presta a disvelare questo fenomeno in modo più agevole.

2. Ordine della trattazione

Se si vuole assumere la prospettiva del diritto pubblico dell'economia, è rilevante, per dare ordine alla trattazione, registrare gli usi del concetto e di quelli simili o con funzioni analoghe nel nostro ordinamento. Questa necessità deriva anche dalle esigenze metodologiche che si sono appena presentate, con la posizione delle questioni che ci si è provati a fare nel paragrafo precedente.

Assumono rilievo giuridico almeno quattro declinazioni del concetto: **(A)** l'affidamento legittimo o incolpevole; **(B)** la certezza e stabilità delle regole delle relazioni giuridiche con l'amministrazione; **(C)** la prevedibilità dell'azione e delle decisioni del potere esecutivo; **(D)** la buona fede in quanto tale.

Si tratta di concetti limitrofi, di declinazioni della clausola e che, non infrequentemente, la nostra giurisprudenza amministrativa utilizza facendone larghe commistioni; è, infatti, piuttosto nota la tecnica – tipicamente giurisprudenziale – di utilizzare concetti e istituti limitrofi per ampliare la portata di un precetto, ovvero accoppiare nozioni per trarne una più comprensiva senza ricorrere all'analogia in senso tecnico, generando usi giurisprudenziali che diventano tralatici e che creano un intorno interpretativo grigio rispetto ad una nozione definita. Non di rado, l'uso dei termini come sinonimi, senza tracciare un confine ed anzi cercando il significato dell'uno nell'altro, costruisce enunciati polisensibili che alludono ad un senso complessivo senza definirlo, sicché si prestano ad usi cangianti. La giurisprudenza in tema di affidamento, buona fede, certezza e prevedibilità non fa eccezione.

Per gli scopi di questo lavoro, invece, converrà **(I)** identificare i quattro nuclei concettuali, per poi **(II)** misurare la loro relazione con i poteri – legislativo, giurisdizionale ed esecutivo – nello specifico del diritto dell'economia.

Questo processo di analisi, si confida, consentirà con maggiore semplicità e chiarezza di porre in luce **(A)** vuoi la smentita plateale delle esigenze che si vorrebbero protette da queste clausole, **(B)** vuoi l'uso capovolto della clausola della buona fede, vale a dire non per generare pretese nei confronti del potere pubblico ma per aprire spazi di potere a quest'ultimo. Per conseguenza, anche

alla luce dei temi posti in premessa, (C) si potranno svolgere rapidissime considerazioni generali che consentano di cogliere il rilievo complessivo – vale a dire oltre il diritto dell'economia – della perversione di queste clausole ed i temi che si pongono al giurista di diritto positivo nel tempo presente.

3. Anagrafe dei concetti

Non serve, ai nostri fini, procedere ad una qualificazione di dettaglio delle quattro declinazioni del concetto che si sono individuate in apertura. Infatti, non si tratta di utilizzare un metodo analitico a difesa della funzione di garanzia del diritto positivo a fronte del suo travolgimento da parte di un insieme di atti di comando (legge, provvedimento, sentenza) tra loro intercambiabili negli usi che generano l'effetto che si intende mettere in luce; indipendentemente dalla fiducia che si possa avere nei risultati di un simile tentativo (e senza prendere alcuna posizione sul punto), non è questo lo scopo dell'esercizio. Esso, piuttosto, consiste nell'individuazione di diversi profili di rilievo della buona fede nella sua concezione tradizionale, per misurarne i modi di eversione. L'anagrafe, in questi termini, è poco accurata – e si confronta con un'indagine più estesa che è inutile riportare in questa sede.

Ciò vale particolarmente per la giurisprudenza, giacché delle centinaia di sentenze del giudice amministrativo nazionale che sottostanno all'analisi, la gran parte presenta esattamente la tecnica dell'analogia implicita che s'è più sopra indicata: i termini sono richiamati insieme o compositivamente, per costruire concetti intuitivamente chiari e con larga area grigia intorno al loro nucleo duro, sufficientemente malleabili da reggere argomentativamente la decisione del caso; un'analisi di dettaglio sarebbe contraddittoria con lo scopo di questo lavoro e meriterebbe un'esposizione *ad hoc*.

In questa prospettiva, serve qualche precisazione circa i concetti, non con l'intenzione di offrirne una ricostruzione compiuta – il che supererebbe le

dimensioni e le ambizioni di questo scritto – quanto di porre in evidenza i profili di rilievo rispetto alle fattispecie di diritto pubblico dell'economia.

3.1. *L'affidamento*. Negli usi del diritto pubblico la prima declinazione del concetto che assume rilevanza è quella dell'affidamento del cittadino ⁽⁸⁾, particolarmente nell'autotutela ⁽⁹⁾.

L'affidamento designa la situazione di chi ripone ragionevolmente fiducia in un certo stato di cose, atteggiando la sua condotta conseguenza; nella disciplina dei rapporti fra privati questa situazione assume rilevanza in contesti assai variegati, sicché le tecniche di tutela sono anch'esse differenziate – soprattutto in relazione alla circostanza che l'oggetto dell'affidamento sia il comportamento altrui ovvero l'apparenza del diritto; nella prima direzione – quella dell'affidamento sull'altrui comportamento – l'affidamento si correla all'obbligo di buona fede, con la conseguenza della tutela risarcitoria in caso di lesione.

Il rilievo giuridico dell'affidamento – e della sua lesione contro buona fede – deriva quindi da una condotta pregiudizievole causativa di danno in capo al soggetto che quell'affidamento abbia incolpevolmente serbato.

8 F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., ma non credo si debba prescindere anche da F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 823; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappicchelli, 2017, 462. Non deve essere dimenticato l'insegnamento di A. Romano Tassone, che viene messo in luce dal prezioso lavoro di F. MANGANARO, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, ESI, 2017, 121. Sul tema, comunque, è necessario rinviare a F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, ESI, 1995; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, Giuffrè, 2008; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, Giappicchelli, 2005; C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 564; F. PATRONI GRIFFI, *L'eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, n. 24/2011; D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 757; G. FALCON, *Questioni sull'efficacia e sulla validità del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1.

9 Sul problema, di recente, le recenti – e sostanzialmente coeve – opere di C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, ESI, 2018; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, ES, 2018; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, Giappicchelli, 2016; S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017, 861; F. COSTANTINO, *La revoca del provvedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappicchelli, 2016, 755.

In questi termini, l'affidamento ha certamente un rilievo significativo relativamente alla fattispecie proprie del diritto pubblico dell'economia; resta da vedere se rispetto ad esse assuma caratteri specifici, anche in considerazione del fatto che, pur a fronte della sua originaria emersione relativamente all'autotutela, la gran parte delle fattispecie che mostra la giurisprudenza è relativa alle gare contrattuali pubbliche o alla concessione di benefici.

La dinamica dell'affidamento nei confronti dell'amministrazione pubblica si manifesta diversamente, emergendo in relazione al procedimento o al provvedimento dell'autorità. E' pur vero che vi sono ormai molte ragioni per omologare il trattamento privatistico dell'affidamento a quello nel diritto pubblico, attraverso rimedi risarcitori ⁽¹⁰⁾.

Tuttavia, è indubbio che la sua prima emersione avviene sul terreno della validità del provvedimento e non su quello della responsabilità, così come non è seriamente discutibile che la giurisprudenza ne faccia tutt'ora un parametro di validità della decisione amministrativa e lo stesso legislatore, nel disciplinare positivamente l'autotutela, vi abbia dato rilievo in questa direzione; il che pone in secondo piano il profilo della natura incolpevole dell'affidamento, giacché –

10 E' utile richiamare la magistrale sintesi di F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., 825: «nell'originaria configurazione giurisprudenziale dell'annullamento d'ufficio, la tutela del privato segue dunque lo schema ordinario della tutela degli interessi legittimi, la quale richiede che il potere discrezionale sia esercitato valutando correttamente gli interessi implicati. Per questa ragione il trascorrere del tempo, in quella giurisprudenza, non rileva come fattore di consolidamento dell'affidamento del privato, ma piuttosto come indice della debolezza dell'interesse ad annullare e, conseguentemente, come dovere di motivare adeguatamente al riguardo. Ed è significativo che anche quando, in anni a noi più vicini, il giudice amministrativo prende a menzionare l'affidamento del destinatario quale fattore rilevante per la decisione in merito all'annullamento, l'attenzione dichiarata per l'affidamento non si accompagna a un mutamento dei criteri applicati nella verifica della legittimità dell'annullamento, e suona piuttosto come un omaggio allo spirito del tempo. La nozione civilistica dell'affidamento si compone di tre elementi: la fiducia, la delusione della fiducia e il danno subito a causa della fiducia mal riposta. Gli elementi sono connessi dal nesso causale tra la condotta dettata dalla fiducia e il danno. Nell'affidamento del privato quale si delinea nell'ambito dell'annullamento d'ufficio, la nascita e la delusione dell'affidamento si collegano entrambi ad atti di esercizio del potere amministrativo (l'emanazione del provvedimento favorevole e l'annullamento del medesimo). La condotta che è causa della lesione dell'affidamento è dunque soggetta a regole proprie, diverse da quelle che si applicano nei rapporti tra i privati, e queste regole difficilmente si prestano a valutazioni individualizzate, secondo le circostanze del caso, come è richiesto dalla struttura della situazione giuridica di affidamento. Le difficoltà si mostrano in particolare quando ci si chiede quale sia l'oggetto della fiducia che si assume delusa, e in cosa consista l'obbligo di correttezza che, in tesi, grava sull'amministrazione».

come appena osservato – si opera sul terreno della validità (sicché l'affidamento è qualificato come legittimo).

La questione è divenuta sempre più rilevante una volta affermata la responsabilità civile dell'amministrazione per atto invalido e dato accesso sempre più strutturalmente alla tutela risarcitoria. Affidamento legittimo o incolpevole si confondono, in usi giurisprudenziali sempre più incerti e suscettibili di esiti imprevedibili – con il risultato, piuttosto consueto, di una tutela caso per caso.

Se, quindi, per un lato la legge svuota di contenuto il rilievo dell'autotutela ponendovi termini temporali stringenti – con il che, nella sostanza, depotenziando enormemente una pretesa (il legittimo affidamento) che si fonda esattamente sulla protrazione nel tempo della vigenza di un provvedimento –, per l'altro, l'affidamento (legittimo o incolpevole) diviene figura di generale applicazione, per lo più utilizzato come endiadi della buona fede.

Il problema è che quest'endiadi non produce, come dovrebbe, «una cosa per mezzo di due», ma un intorno di varie cose colpite dalla somma di due, con una consistente area grigia al contorno ed incertezze quanto alle tecniche di tutela.

La confusione sul punto in giurisprudenza è consistente: affidamento e buona fede sono usati, come accennato, come endiadi confuse l'una nell'altra ⁽¹¹⁾, senza distinzione tra atto e rapporto ⁽¹²⁾; ovvero distinte radicalmente, fino

11 Più frequentemente, però, affidamento e buona fede vengono semplicemente confuse, trattate come endiadi che servono a colpire maggiormente lo stesso bersaglio: così, ad esempio, in T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 17, per il quale va protetto l'affidamento indotto nel concorrente che si sia attenuto ad una indicazione fornita dalla stazione appaltante perché non sarebbe conforme ai principi di correttezza e buona fede pretendere che il concorrente, che si avvalga per l'elaborazione dell'offerta di un modulo predisposto dalla Stazione appaltante, ne appuri la conformità agli altri atti di gara; allo stesso modo, essendo l'amministrazione tenuta ad «*adottare una condotta negoziale improntata al rispetto dei principi di buona fede e correttezza, di cui all'art. 1337 c.c.*» anche nell'attività procedimentale («*in tutte le fasi del procedimento*»), avrà il dovere di evitare «*di generare nella controparte privata un erroneo affidamento nella conclusione del contratto o di tradire l'affidamento che questa abbia già legittimamente maturato*» (Consiglio di Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237); è molto diffusa l'opinione per la quale, essendo l'amministrazione tenuta al dovere di correttezza e buona fede, l'affidamento del cittadino deriverebbe da questo stesso dovere (ad esempio,

a negare rilievo all'affidamento ⁽¹³⁾; oppure oggetto di applicazioni cangianti quanto al contenuto del legittimo affidamento serbato sull'atto dell'amministrazione ed a prescindere dallo stato soggettivo del privato ⁽¹⁴⁾, fino a quelle che non di rado funzionalizzano l'affidamento all'interesse pubblico ⁽¹⁵⁾ ed alla luce di quest'ultimo, modellano ad assetto variabili l'autotutela in relazione alle gare contrattuali pubbliche ⁽¹⁶⁾. La confusione del comporre, distinguere, sommare e non differenziare i regimi che affligge la giurisprudenza, sembra derivare, in via

T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 maggio 2020, n. 4700) e, tuttavia, a fronte di questa generale affermazione, non è infrequente trovare (ad esempio, T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 29 novembre 2016, n. 1634; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 16 ottobre 2015, n. 2202; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 21 agosto 2015, n. 931) i «*principi di buona fede e correttezza e della tutela dell'affidamento ingenerato*» configurati come un tutt'uno ovvero insieme a quelli «*d'imparzialità, economicità, buona fede, affidamento e proporzionalità*» (Consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1178) così come – e lo si dirà tra breve – la stessa affermazione generale smentita allo scopo di attenuare la responsabilità dell'amministrazione (confermandosi l'attitudine del giudice amministrativo ad assicurare un'efficace tutela in forma specifica con decisioni costitutive ed il contrario in sede risarcitoria). Quanto all'esecuzione dei contratti pubblici, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III 16 ottobre 2015, n. 2202 e T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 21 agosto 2015, n. 931.

12 La confusione riguarda chiaramente il regime dell'affidamento (legittimo) relativo all'atto – che ha come forma di tutela l'annullamento – e di quello (incolpevole) nel rapporto – che ha come forma di tutela il risarcimento – (esempio di questa confusione si può leggere in Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 19, 20 e n. 21; in merito alle quali merita rinviare a V. DI CAPUA, *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 679; M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, *ivi.*, 2022, 705; C. VILLANACCI, *Aspettative e affidamenti nella responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione alla luce di una recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Il processo*, 2022, 507).

13 E' il caso delle sentenze dell'adunanza plenaria Consiglio di Stato 29 novembre 2021, n. 19 e n. 21, che escludono che l'affidamento sia una situazione soggettiva, qualificandolo come «*principio generale che regola sia i rapporti di diritto privato sia quelli di diritto pubblico, senza mutare la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte e la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale*», sicché non potrebbe esservi legittimo affidamento a fronte di «*illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento*», con decisione evidentemente grave sia perché confonde il profilo “incolpevole” dell'affidamento – valevole nel rapporto – con quello “legittimo” – proprio dell'affidamento sul provvedimento imperativo –, sia perché scarica sul privato una valutazione circa la legittimità del provvedimento favorevole evidentemente incompatibile con la presunzione di legittimità, sia, infine, perché la sola presenza del ricorso giurisdizionale del terzo eliminerebbe la natura legittima dell'affidamento, con un ragionamento che ha come unico razionale quello della limitazione della responsabilità dell'amministrazione, non trovando alcun fondamento razionale.

14 L'adunanza plenaria ne ha fatto un principio del rapporto escludendo un autonomo rilievo soggettivo («l'affidamento non è un'autonoma situazione soggettiva, ma un principio generale che regola sia i rapporti di diritto privato sia quelli di diritto pubblico»), sicché confermando la possibilità di attrarlo nel perimetro del pubblico interesse ed al tempo stesso, confusamente, negando che si tratti di altro rispetto al rapporto di diritto privato – il che non sembra, con-

generale e dogmatica dalla difficoltà di individuare l'oggetto della fiducia che viene delusa e il contenuto dell'obbligo di correttezza in capo all'amministrazione.

Se l'oggetto della fiducia sarà il provvedimento efficace, a nulla rileverà la sua illegittimità, sicché il possibile convincimento del destinatario circa la sussistenza di vizi non renderà colposa la sua aspettativa; al contrario, laddove l'affidamento sia tale solo se serbato su di un provvedimento valido, in via teorica si

frontandosi con vicende di potere – e limitando la responsabilità di nuovo confinandolo nell'area della legittimità, sconosciuta al rapporto privatistico («postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento»); vi si legge, quindi, un modello composito, che miscela diritto privato e diritto pubblico, dagli incerti confini, sicché «nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere», l'affidamento del privato avrebbe ad oggetto il «legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede», sicché la responsabilità non sorgerebbe solo da «comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica» ma anche «per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi» (cfr. Consiglio di Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19 e n. 21). Deve essere, peraltro, evidenziato che anche la Cassazione (Cassazione civile, sez. I, 13 dicembre 2018, n. 32314) scarica sul privato il rischio della valutazione del vizio del provvedimento di aggiudicazione escludendo l'affidamento legittimo a fronte dell'impugnazione dell'esito della selezione.

Peraltro, a proposito del legittimo affidamento che si formerebbe sulla legittimità del provvedimento, con il sorgere della responsabilità in caso di annullamento o mancato ossequio allo stesso, la Cassazione (Cassazione civile, sez. I, 25 gennaio 2022, n. 2075) a poca distanza dalle decisioni dell'Adunanza Plenaria appena rammentate, ha espresso un orientamento solo formalmente non contrario, sicché il buon esito del collaudo di un'opera pubblica non preclude al committente pubblico di «contestare all'appaltatore l'eventuale ritardo nell'esecuzione dei lavori giacché la conclusione degli stessi oltre i termini pattuiti» giacché dall'avvenuto collaudo «non può ingenerare alcun affidamento in capo all'appaltatore dal momento che non si tratta di atto proveniente dalla P.A., bensì da un organo indipendente, mentre solo l'approvazione del committente determina il consolidamento delle obbligazioni a carico di quest'ultimo».

Da altro punto di vista, il rilievo dello stato soggettivo del privato destinatario del provvedimento favorevole (cfr. *ex multis*, T.A.R. Napoli, Campania sez. I 4 maggio 2016, n. 2213) viene largamente affermato da quella giurisprudenza per la quale «perché vi sia affidamento legittimo tutelabile anche in via risarcitoria» è necessario che «il privato difenda un'utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo, essendo tutelabile solo l'affidamento ottenuto in buona fede, non meritando per converso protezione l'aspirazione all'intangibilità di un bene che il privato abbia conseguito» attraverso un provvedimento palesemente viziato (scaricando così sul privato l'onere di discriminare il provvedimento invalido da quello in cui quel carattere sia «palese e quindi riconoscibile».

15 E' il caso, non inconsueto di quelle pronunzie – soprattutto in materia di gare per l'assegnazione di contratti con committenti pubblici – che proteggono l'affidamento in funzione del pubblico interesse e non delle pretese del privato. Così è per quella vasta giurisprudenza che afferma la «preminenza all'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti e alla tutela dell'affidamento dei partecipanti» come elemento di interpretazione di bandi o capitolati (ad esempio, Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2662; T.A.R. Napoli, Campania sez. V, 4 giugno 2014, n. 3058; sia pure con maggiore equilibrio, T.A.R. Trentino-Alto Adige Bolzano, sez. I 26 aprile 2017, n. 143 che, tuttavia, confonde esigenze di chiarezza con affidamento,

svuoterà di contenuto il concetto, giacché l'affidamento riceve protezione soprattutto in relazione all'eliminazione della decisione autoritativa favorevole e, in termini pratici, non si conseguirà alcun risultato, giacché l'affidamento sorge a fronte della protratta efficacia di un provvedimento che, oggi, sulla base della legge, non sarà annullabile decorso un anno, sicché o la fiducia non s'è formata o il provvedimento non è annullabile. Certo, il problema sia pratico che teorico non viene meno, giacché l'amministrazione dispone di altri rimedi giustiziali –

come pure – sia pure con un grado di funzionalizzazione dell'affidamento al pubblico interesse sicuramente maggiore – T.A.R. Lazio Roma, sez. II 4 gennaio 2021, n. 17).

Non meno frequente è la commistione di profili del pubblico interesse ed affidamento, ponendo sullo stesso piano «ossequio al principio della tutela dell'affidamento e della buona fede del concorrente» ed «applicazione dei principi d'imparzialità, economicità, buona fede, affidamento e proporzionalità cui è improntata l'attività amministrativa» (Consiglio di Stato sez. V, 9 marzo 2015, n. 1178).

16 La giurisprudenza in argomento è molto estesa; solo per fornire qualche ragguaglio, si segnalano orientamenti per i quali la scelta del committente pubblico di non portare a termine la procedura di *project financing* ormai giunta alla fase di aggiudicazione, nonostante la dichiarazione di pubblica utilità della proposta, i costi assunti dal promotore per la sua presentazione e la conduzione della procedura ed il rilievo in sé del diritto di prelazione, facendo prevalere la motivazione circa una nuova e diversa valutazione dell'intervento (e, quindi, nella sostanza, una revoca della dichiarazione di pubblico interesse – non qualificata in questi, invece corretti, termini solo per evitare all'amministrazione il costo dell'indennizzo dovuto in caso di revoca) e tutto ciò senza che il promotore possa lamentarsene se non facendo «valere la responsabilità precontrattuale per violazione delle regole di correttezza e buona fede nell'ipotesi in cui, stante la legittimità della decisione di non portare a termine la procedura, emerga che l'Amministrazione abbia tenuto un comportamento contrario alle suddette regole e violativo del diritto ad autodeterminarsi correttamente nell'esercizio dell'attività negoziale» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 27 luglio 2021, n. 8981). Si tratta di una giurisprudenza che sostanzialmente nega protezione (e rilievo) ad affidamento e buona fede nell'attività precontrattuale, giacché è consolidato l'orientamento (ad esempio, Consiglio di Stato sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237) per il quale «sebbene ogni singolo provvedimento adottato durante il procedimento sia astrattamente idoneo ad ingenerare, nel privato, un legittimo affidamento sulla sua positiva conclusione, solo l'aggiudicazione definitiva, intesa come provvedimento attraverso cui si concretizza l'individuazione del contraente e come punto di approdo dell'intera procedura, può far sorgere con assoluta certezza, in capo al privato, un affidamento nella conclusione del contratto»; il che val quanto dire che non v'è responsabilità precontrattuale dell'amministrazione per violazione dell'affidamento e della buona fede, stante che finché c'è attività precontrattuale questi non ricevono protezione ed iniziano a goderne solo quando l'attività a rilievo precontrattuale è esaurita (essendo ovvio che tra l'aggiudicazione che fa «sorgere con assoluta certezza» e la sottoscrizione del contratto si colloca solo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario, che ove li abbia falsamente rappresentati nella fase di gara certo non potrà far valere sue aspettative in buona fede). La giurisprudenza si spinge oltre, in modo difficilmente sostenibile e certo non condivisibile, quando afferma che fino alla «conclusione della fase procedimentale dell'evidenza pubblica e della scelta dell'aggiudicatario» i concorrenti «non possono essere qualificati come parti di una trattativa negoziale» (T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 10 settembre 2020, n. 558), sicché non potrà mai esserci responsabilità precontrattuale in questa impostazione, perché o non c'è tratta-

ed, ad esempio, potrà revocare la sua decisione, dovendo indennizzare il destinatario; il risultato è che la tutela dell'affidamento circa il provvedimento non cessa di esistere come problema teorico (con scarso rilievo pratico).

Si colloca qui una questione – più controversa – relativa alla delusione della fiducia sull'atto, che riguarda i procedimenti complessi o composti, come nel caso delle gare contrattuali pubbliche, sicché la questione è se la fiducia si formi e riceva protezione solo a fronte dell'atto finale, ovvero se essa riguardi il comportamento (e, quindi, il rapporto e non l'atto), oppure se possa sorgere anche dal provvedimento non conclusivo (basterà pensare alla dichiarazione di

tiva negoziale o l'attività precontrattuale è esaurita. Questi orientamenti discutibili si accompagnano a quelli che attraggono l'affidamento interamente nella sfera dell'interesse pubblico sicché «indiscutibilmente» la stazione appaltante potrà «annullare in via di autotutela sia il bando che le singole operazioni di gara» solo sulla base delle «preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse» giacché «l'autotutela trova fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 Cost. cui deve ispirarsi l'azione amministrativa e in tale prospettiva neppure il provvedimento di aggiudicazione definitiva osta all'esercizio di un siffatto potere», sicché i «principi di buona fede e correttezza e della tutela dell'affidamento ingenerato» non sono che un limite estero cedibile (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 29 novembre 2016, n. 1634).

E' chiaro il contrasto di questi insegnamenti con l'adunanza plenaria (Consiglio di Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5) che ha da tempo chiarito che nei procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di contratti, «i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito di tutte le fasi della procedura di gara, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento».

Fortunatamente, anche nella giurisdizione di primo grado (ad esempio, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 maggio 2020, n. 4700) si leggono orientamenti in senso contrario, sicché la revoca della procedura di gara («in assenza di documentate e obiettive esigenze di interesse pubblico debitamente esplicitate») è in contrasto con il «dovere di correttezza e buona fede, alla cui osservanza deve conformarsi anche l'operato della P.A., e costituisce manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale, che rinvia il proprio fondamento nell'art. 2 Cost. e grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, intensificandosi a seguito dell'instaurazione di momenti relazionali giuridicamente qualificati, dovendosi riconoscere l'esistenza di una proporzionalità diretta tra l'ambito e i contenuti dei doveri di correttezza, lealtà e buona fede e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato». Anche questi, corretti, orientamenti sono poi mitigati dalla richiesta di una serie di requisiti all'affidamento perché possa dirsi legittimo (di nuovo, Consiglio di Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5) sicché l'affidamento dovrà essere incolpevole, subire la lesione attraverso da una condotta che, «valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà», che sia anche «soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo», che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (la perdita economica), sia il rapporto di causalità fra danno e la condotta scorretta.

pubblico interesse della proposta ed all'attribuzione della figura di proponente nella finanza di progetto). La responsabilità dell'amministrazione nei procedimenti di questo tipo, abbia ad oggetto il comportamento o l'atto (questione che resta da chiarire), non sembra appartenere al perimetro dell'affidamento (e la giurisprudenza, che pur lo menziona, non fa che confonderlo con la buona fede). In questi casi, infatti, l'affidamento, che non ha avuto modo di consolidarsi relativamente ad una decisione efficace da un certo tempo, non potrebbe avere ad oggetto se non l'aspettativa che l'amministrazione pubblica si comporti nel rispetto delle regole e principi che ha il dovere di osservare, sicché non d'affidamento in senso proprio si dovrà parlare.

Quanto all'obbligo di correttezza che l'affidamento richiede (e la cui violazione pretenderà sia ristorata) è assai difficile non vedere – al contrario di quel che ritiene l'adunanza plenaria, il cui unico riferimento sembra essere il potere ed i cui obiettivi attengono all'affermazione della giurisdizione ed alla compressione della responsabilità – che all'obbligo debba corrispondere una posizione soggettiva (di diritto, ad esser precisi). Non si tratta tanto di semplificare la relazione tra diritto ed obbligo, né di aprire il tema, prezioso, delle obbligazioni senza prestazione ⁽¹⁷⁾; il tema è, piuttosto, che in quanto sussista il diritto al risarcimento, questo dovrà riguardare la lesione di una posizione soggettiva.

La persistente confusione giurisprudenziale tra affidamento e buona fede, grave in sé, crea maggiori guasti nel perimetro dell'applicazione alle fattispecie proprie del diritto dell'economia. Infatti, se la natura dell'uno e dell'altra non muta per il fatto solo di applicarsi a simili fattispecie, la complessità dei rapporti, la commistione di diritto pubblico e privato, il concorrere di primari interessi nazionali (che spesso, come si dirà, alimentano deroghe o norme ecce-

17 C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 146; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, Treccani, 1990, 1 che in forza della differenza tra spettanza e appartenenza distingue gli obblighi di protezione da quelli di prestazione. Questa configurazione è stata accolta da Corte Costituzionale, 28 febbraio 1992 n. 74 e, poi, dalla giurisprudenza civile.

zionali), di diritti sociali (dei cittadini che attendono le prestazioni necessarie al godimento di simili diritti), di valutazioni tecniche (economiche o tecnologiche), moltiplica l'effetto dell'imprecisione.

3.2. Buona fede e stabilità del rapporto. Certezza, chiarezza e prevedibilità sono principi che vengono declinati dalla buona fede oppure occupano il suo intorno concettuale.

Il loro rilievo, per la fattispecie di diritto pubblico dell'economia, è piuttosto significativo. Anzi, rispetto all'impianto classico della certezza del diritto della tradizione liberale – riferito soprattutto alla legge ed alla prevedibilità della decisione giudiziaria –, proprio nell'area interessata dai rapporti economici, il principio ha assunto una connotazione marcatamente neoliberale ed, insieme, autoritaria, come si vedrà.

I due caratteri, solo apparentemente antitetici ⁽¹⁸⁾, convivono nella declinazione della certezza degli investimenti e della garanzia del mercato ⁽¹⁹⁾, sicché sia il profilo della legalità dell'esercizio del potere (come accade sul terreno dell'irrevocabilità delle decisioni amministrative illegittime) che quello della garanzia dei terzi (come evidente nella disciplina che limita la tutela giurisdizionale per certe categorie di investimenti) cedono a quest'interesse che anima il legislatore neoliberale – sia continentale che nostrano.

Non a caso la pretesa alla certezza del diritto – e, nella nostra prospettiva, alla stabilità del provvedimento e del rapporto – è affermata (da un tipico

18 Per un chiarimento essenziale, il notevole e profondo libro di G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, cit.

19 Interessi ritenuti – invece – prioritari, ad esempio, da A. POLICE, *Instabilità delle decisioni pubbliche e dinamiche dello sviluppo economico ed industriale*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, ES; 2019, II, 1319, per il quale lo sviluppo degli investimenti (in ottica ordoliberale) sarebbe afflitto dalla instabilità delle decisioni pubbliche ed in particolare dagli spazi riservati alla decisione politica, all'autotutela amministrativa ed alla tutela giurisdizionale, indicando come positive le norme che limitano il potere di autotutela ovvero quelle che inibiscono al giudice la possibilità di dichiarare l'inefficacia del contratto per illegittimità dell'aggiudicazione oppure quelle relative alla non annullabilità del provvedimento per vizi formali.

legislatore neoliberale) come principio fondamentale del diritto dell'Unione Europea ⁽²⁰⁾.

Il principio, affermatosi in uno con quello della protezione dell'affidamento ⁽²¹⁾, ha assunto successivamente una conformazione più autonoma che, se pure più cedevole rispetto all'affidamento, si articola appunto lungo i profili della prevedibilità, chiarezza ⁽²²⁾, irretroattività ⁽²³⁾. Anche in questa prospettiva, la protezione forte del diritto quesito e quella più malleabile alla certezza, indi-

20 In questo senso, se si può rinviare ampiamente alla letteratura europea, ai nostri fini basterà rammentare A MASSERA, *I principi generali*, in *Dir. Amm.*, 2017, 427, che osserva come in «materia contrattuale» il confronto sui principi «ha portato lo stesso principio di certezza del diritto, ovvero uno di quelli considerati come una sorta di “superprincipi” ovvero di principi con il maggior tasso di “assolutezza” in quanto cardine di un ordinamento giuridico liberale, a risultare cedevole secondo il giudice europeo: tale principio, infatti, seppure sia “un principio generale del diritto dell'Unione”, e dunque idoneo a giustificare che gli effetti giuridici di una convenzione siano rispettati, nei limiti imposti dal principio medesimo, anche nel caso di una convenzione conclusa prima che la Corte si fosse pronunciata riguardo alle implicazioni del diritto primario rispetto a convenzioni simili con statuizione che a posteriori si sarebbe rivelata contraria a siffatte implicazioni».

21 La Corte dappprincipio aveva affermato congiuntamente il principio della certezza del diritto e quello del legittimo affidamento («il principio della tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario» per Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, C-12/77, Topfer; poi: Corte di Giustizia, 19 settembre 2000, C-177/99, 181/99 Ampafrance and Sanofi; Corte di Giustizia, 18 gennaio 2001, C-83/99, Commissione c. Spagna); successivamente, tuttavia, con la sentenza Corte di Giustizia, sez. X, 14 novembre 2013, Causa C-221/12, Belgacom NV, ha ammesso essa ha affermato che «benché, in linea di massima, il principio della certezza delle situazioni giuridiche osti a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione, una deroga è possibile, in via eccezionale, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere e purché il legittimo affidamento degli interessati sia debitamente rispettato», segnando quindi una differenziazione tra certezza ed affidamento (essendo quest'ultimo assai meno cedevole della prima).

La Corte ha affermato il principio – ed è ciò che qui più interessa – soprattutto nella prospettiva della trasparenza amministrativa, della chiarezza della normativa, della previsione di termini ragionevoli per l'emanazione di provvedimenti, della non retroattività delle decisioni sfavorevoli e della tutela dei diritti quesiti (in questa direzione particolare, Corte di Giustizia, 7 giugno 2005, VEMW e a., C-17/03; Corte di Giustizia, 12 dicembre 2013, C-362/12, Test Claimants c. Commissioners of Inland Revenue; nel senso della necessità che la decisione debba essere «certa e la sua applicazione dev'essere prevedibile per gli amministratori» sicché «il posticipare l'entrata in vigore di un atto che ha portata generale, dopo la scadenza del termine inizialmente contemplato, può di per sé ledere detto principio», Corte di Giustizia, 22 febbraio 1984, C-70/83, Kloppenburg c. Finanzamt Leer. Conseguenza di questo principio generale è quella della tutela dei diritti quesiti, anche con riferimento all'autorità di cosa giudicata (Corte di Giustizia, 24 gennaio 2013, causa C-529/09, Commissione c. Spagna).

22 Sul tema della certezza è sempre utile rammentare A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di “certezza”: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in F. Fracchia - M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, Giuffrè, 2006, 29, ove si distingue tra “certezza-stabilità”, che avrebbe carattere giuridico-formale, e “certezza-affidamento”, a conte-

cano una chiara direttiva neoliberale a garanzia del mercato e degli investimenti, a discapito della legalità del potere e della tutela giurisdizionale.

In questo senso, il principio di certezza (con le declinazioni di prevedibilità, chiarezza, irretroattività e tutela dell'affidamento) muta la sua natura rispetto alle indicazioni degli economisti classici. L'esigenza originaria era quella a che tutti gli attori del mercato fossero in possesso di informazioni complete ed i diritti di proprietà fossero protetti in modo assolutamente certo; anche a fronte dell'emersione del rilievo dei costi di transazione (che derivano da comportamenti degli attori non rette solo dalla razionalità economica), tra i quali le regole giuridiche e le scelte degli attori istituzionali, gli economisti – e la dottrina giuridica conseguente – individuano nella disciplina pubblicistica un vincolo la cui funzione è quella di ridurre il tasso di incertezza e, quindi, i costi di transazione.

nuto sociale-sostanziale – con una distinzione che trova eco nella giurisprudenza della Corte che si richiama alla nota precedente ed alla successiva ma che per quest'ultima avrebbe contenuto statico (l'affidamento) e dinamico (la certezza).

23 La certezza del diritto come principio fondamentale è stata riconosciuta più volte dalla Corte di Giustizia, che «esige, in particolare, che una normativa che comporta conseguenze svantaggiose per i privati sia chiara e precisa e che la sua applicazione sia prevedibile per gli amministratori» (Corte di Giustizia, 15 dicembre 1987, causa 325/85, Irlanda/Commissione; Id., 13 febbraio 1996, causa C-143/93, Van Es Douane Agenten; Id., 15 febbraio 1996, causa C-63/93, Duff e a.).

Per la Corte, «si deve poi osservare che, come da costante giurisprudenza della Corte (vedasi, ad esempio, la sentenza 30 gennaio 1985, Commissione/Regno di Danimarca, causa 143/83, Racc. 1985, pag. 427), i principi della certezza del diritto e della tutela dei privati esigono che, nelle materie disciplinate dal diritto comunitario, la normativa degli Stati membri abbia una formulazione non equivoca, sì da consentire agli interessati di conoscere i propri diritti ed obblighi in modo chiaro e preciso, ed ai giudici di garantirne l'osservanza» (Corte di Giustizia, 21 giugno 1988, C-257/86, Commissione c. Repubblica Italiana).

Oltre al profilo della certezza e tutela dei privati, il principio si declina anche lungo il crinale della «prevedibilità per gli amministratori» (Corte di Giustizia, 6 febbraio 1987, C-15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo; si vadano anche Corte di Giustizia, 17 aprile 1997, C-90/95, De Compte; Id., 17 luglio 2008, C-347/06, ASM Brescia; Id., 2 dicembre 2009, C-358/08, Aventis Pasteur c. OB; Id., 10 settembre 2009, C-201/08, Plantanol ed in particolare la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, 11 dicembre 2003, Bassani contro Italia, per la quale la imprevedibilità della norma sopravvenuta può determinare la violazione dell'art. 6 CEDU).

La certezza del diritto ⁽²⁴⁾ è, quindi, rimedio all'indeterminatezza. Il problema è quello di evitare decisioni imprevedibili, che sono in grado di andare a discapito di alcuno degli attori economici ovvero di rendere rischiosi gli investimenti; il bersaglio è la scelta discrezionale dell'amministrazione e del giudice.

Come è stato molto autorevolmente messo in luce, il principio della certezza del diritto è carico di un notevole significato autoritario e fonda, nel rapporto con le libertà, la pretesa all'obbedienza del comando ⁽²⁵⁾; a quest'osservazione – a mio modo di vedere da condividere – si è replicato che senza certezze la libertà economica stessa sarebbe radicalmente lesa e, tuttavia, anche rispetto a quest'opinione si può consentire, giacché la pretesa all'obbedienza fondata sulla *fairness* di un comando legale la cui validità è puramente formale (*auctoritas non veritas facit legem*) e la conseguente certezza dell'operatore economico sono due lati della stessa moneta.

24 In argomento, N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 146 e L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Ead., Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2008, 84.

25 Per P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 51, la certezza del diritto appartiene alla pretesa monopolista circa la produzione giuridica tipica dello Stato contemporaneo e quindi, all'eguale pretesa dell'infallibilità del legislatore, funzionale alla mitologia dello Stato-di-diritto come autorità contrapposta alla società e indirizzata alla tutela degli «interessi del ceto borghese arrivato finalmente a gestire il potere politico grazie al rivolgimento rivoluzionario di fine Settecento». In questa prospettiva storica, la certezza del diritto è funzionale al conseguimento dell'obbedienza delle masse al comando. Al contrario, nella prospettiva della Costituzione democratica, viene meno il fondamento stesso del dispositivo, superandosi il legalismo e collocando al centro dell'ordinamento valori – divenuti giuridici e non morali – che consentono il pluralismo, l'adattamento al caso concreto, svelando la giuridicità del fatto, le autonomie istituzionali e sociali, con la conseguenza della necessità dell'interpretazione e la negazione del legalismo (autoritario).

Sempre utile, in questa prospettiva, è V. VELLUZZI (nella specie riferendosi a *Metodo giuridico, legge e Stato costituzionale: note (convergenti) sulle riflessioni di Fabio Ciamelli*, in *Etica & Politica*, 2022, 373) per il quale «se il diritto, dunque, c'è per essere tendenzialmente certo, anche il diritto che fa perno sui diritti fondamentali non può sottrarsi alla tensione ideale verso la certezza giuridica. Se così stanno le cose, allora, diviene rilevante l'analisi e la proposta delle condizioni in grado di indirizzare il diritto dello Stato costituzionale verso l'ideale della certezza» (377), sicché «riflettere e discutere sulle condizioni della corretta o adeguata giustificazione delle decisioni giudiziali nello Stato costituzionale non significa porre limiti impropri alla diffusione dei diritti fondamentali. Lo stato costituzionale, infatti, garantisce i diritti fondamentali, la giustificazione delle decisioni garantisce che i custodi dei diritti esercitino l'inevitabile discrezionalità loro attribuita dandone conto e sottoponendo il proprio operato a vaglio critico» (378).

Il paradigma muta interamente – in ottica neoliberale – passando dalla tutela della parità tra gli attori nel mercato (tipica della ricerca della certezza) a quello della stabilità della decisione come funzione di protezione degli investimenti (con cedevolezza, quindi, della legalità e della garanzia) ⁽²⁶⁾. In questa prospettiva, non è la chiarezza e prevedibilità delle regole di convivenza che importa (vuoi nella prospettiva della decisione autonoma rispetto all'esercizio della propria libertà – economica, in specie –, vuoi in quella, autoritaria, di rendere il comando indefettibile, per quanto, fondandosi su una legittimità puramente formale, potenzialmente ingiusto), piuttosto, è la stabilità della decisione, sicché il provvedimento amministrativo diviene una delle regole istituzionali del mercato e, quindi, ciò che importa al mercato ⁽²⁷⁾ è, per un lato, la permanenza del vantaggio che arreca (sicché la dottrina dei diritti quesiti e dell'affidamento della Corte di Giustizia) e, per l'altro, la stabilità come condizione per la sua circolazione globale.

Nella prospettiva del diritto (neoliberale) dell'economia, quindi, la certezza del diritto viene sostituita dalla stabilità della decisione. E, non a caso, si sviluppa insieme all'affermarsi di un andamento del tutto emergenziale quando non derogatorio delle decisioni. Come si vedrà, moltissime delle decisioni – del potere legislativo o esecutivo – che fissano le regole di rapporti economici di

26 Le più lucide teorizzazioni dell'esigenza della stabilità della decisione amministrativa si leggono negli importanti e ben noti lavori di M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. Amm.*, 2016, 321; ID., *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in questa *Rivista*, I (2017), 189; ID., *L'inesauribilità del potere. Profili critici*, Napoli, ES, 2018; ID., *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2022, 705, cui si rinvia non solo per la profondità del pensiero ma anche per la sempre affidabile bibliografia.

27 A differenza della prospettiva proposta nel testo, per M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, cit., 338, «la certezza del diritto non è tanto un corollario dell'impostazione liberale tradizionale — secondo cui i poteri pubblici svolgono soltanto una funzione di ordine e si disinteressano delle dinamiche sociali e mercantili — bensì un'esigenza interna a uno Stato che per il tramite dell'amministrazione dispensa utilità, formula programmi, pone le regole degli scambi».

Tuttavia, ID., *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, 198, riconosce che «l'instabilità dell'atto d'assenso non solo reca un pregiudizio al suo destinatario ma, in termini più generali, ingenera tra gli operatori del mercato un senso di incertezza e sfiducia che scoraggia l'intrapresa economica».

notevole rilievo sono contenute in leggi *ad hoc*, derogatorie, puntuali, spesso giustificate dall'emergenza.

Nella sostanza, legge e provvedimento amministrativo seguono le esigenze del mercato, le assecondano, le formalizzano in decisioni puntuali (assai spesso con legge-provvedimento, per assicurarne la ridotta sindacabilità) ed assicurano ad esse l'immutabilità (sia pure tendenziale, non potendosi fare diversamente quando si opera con le norme) che l'investitore desidera per ridurre il rischio e rendere l'operazione trasferibile nel mercato.

Il problema, quindi, riguarda la stabilità delle decisioni pubbliche (principalmente norme primarie e provvedimenti amministrativi) destinati a produrre effetti protratti nel tempo. Il che spiega il corredo di limitazioni (introdotte dal legislatore) alla tutela giurisdizionale: si tratti di risoluzioni bancarie o di opere pubbliche, di insediamenti strategici o attuazione di piani straordinari di investimento pubblico (emblematico il PNRR), la conseguenza è indefettibilmente l'introduzione di un corredo di norme (pur di dubbia legittimità costituzionale) attraverso le quali si contraggono i tempi di giudizio, si limita la procedibilità di domande o l'effetto della decisione del giudice, si comprime o elimina la tutela cautelare. Alla decisione si domanda stabilità, sicché gli spazi di critica razionale innanzi al giudice vengono straordinariamente compressi.

La nostra giurisprudenza, oltre alle ipotesi nelle quali la certezza del diritto viene colpita come attributo della buona fede oggettiva ⁽²⁸⁾, ha utilizzato

28 Ad esempio rispetto alla disciplina dettata dai bandi in materia di gare contrattuali pubbliche (ad esempio, Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5692, come applicazione del principio del *favor participationis*), ovvero con riguardo ai termini processuali ed all'errore scusabile (ad esempio, Consiglio di Stato sez. IV, 19 dicembre 2013, n. 6108; per Consiglio di Stato, sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 1127, non sono sufficienti per il riconoscimento dell'errore scusabile la buona fede e l'esistenza di fattori soggettivi del ricorrente, dovendosi ancorare tale beneficio a oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto; in termini, Consiglio di Stato, sez. IV, 25 marzo 2011, n. 1853, ove si afferma che «un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria» in materia di apprezzamento dell'errore scusabile «lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe risolversi in un grave vulnus del pari ordinato principio di parità delle parti, anch'esso espressamente richiamato dall'art. 2 comma 1, c.p.a. in tema di rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale») ovvero, rispetto all'osservanza di norme e regolamenti, rispetto alla efficacia scusante della buona fede circa l'ignoranza delle norme, ammissibile solo in caso di assoluta e oggettiva incertezza sulla

l'incertezza come elemento decisivo nelle fattispecie risarcitorie ⁽²⁹⁾. L'esigenza della stabilità neoliberale è prevalentemente consegnata agli interventi del legislatore – sia di sistema, come nel caso dell'autotutela, sia (più frequentemente) attraverso la tecnica della legislazione ad hoc – ed alla prassi della giurisprudenza – che, al netto delle motivazioni in punto di legittimità, mostra una pratica propensione a non alterare gli assetti degli interessi consolidati in fatto.

3.3. Buona fede e prevedibilità delle regole e delle decisioni. Proprio l'evoluzione in senso neoliberale della buona fede intesa nella prospettiva della pretesa alla stabilità impone di differenziare la differente traiettoria della prevedibilità.

Ci si colloca qui in una prospettiva più tradizionalmente liberale ⁽³⁰⁾, nella quale davvero la certezza è funzionale alla libertà ed alle sue garanzie – e non come nel caso della pretesa alla stabilità, la cui conseguenza naturale è il regime

portata delle norme medesime (Consiglio di Stato, sez. VI, 29 luglio 2009, n. 4718).

29 Quanto alla ammissibilità della domanda di risarcimento del danno a carico della pubblica amministrazione, la giurisprudenza è nel senso della insufficienza del mero annullamento del provvedimento lesivo, richiedendosi, come ovvio, la sussistenza dell'elemento soggettivo; tuttavia, l'elemento soggettivo finisce per coincidere con la legalità dell'azione, sicché sarà necessario «verificare se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi, con la conseguenza che il giudice amministrativo può affermare la responsabilità dell'Amministrazione per danni conseguenti ad un atto illegittimo quando la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimento normativo e giuridico tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato» ricavando un'esenzione di responsabilità a fronte della «incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto» - in modo, per vero, molto discutibile. In termini, Consiglio di Stato, sez. VI, 6 maggio 2013, n. 2419; Consiglio di Stato, sez. III, 6 maggio 2013, n. 2452; Consiglio di Stato, sez. IV, 7 gennaio 2013, n. 23; Consiglio di Stato, sez. V, 31 luglio 2012, n. 4337; Consiglio di Stato, sez. V, 24 giugno 2011, n. 3814; Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2010, n. 3367; Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3750.

30 In questa prospettiva deve essere condiviso il discorso di G. CORSO, *Relazione conclusiva*, in *Annuario AIPDA 2014, L'incertezza delle regole*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015 che, in replica a P. GROSSI, *op. ult. cit.*, ha osservato che «chi fa appello alla certezza del diritto non esprime il punto di vista del potere, ma all'opposto, quello del cittadino, il *quisquis de populo* che ha l'esigenza di conoscere le regole da osservare, i poteri di cui dispone e l'ambito di libertà che gli viene riconosciuto». E' questa la prospettiva della certezza del diritto come prevedibilità del comando come presupposto essenziale dell'esercizio della libertà.

Tutto ciò è condivisibile nella prospettiva della [certezza del diritto / buona fede / prevedibilità] ma, per le ragioni accennate e per ciò che si dirà, non rispetto alla sequenza (autoritaria, posta nell'interesse del potere – privato e pubblico funzionalizzato ad esso) [certezza del diritto / buona fede / stabilità].

autoritario della decisione che la consolida e la contrazione della tutela che si possa conseguire attraverso la pretesa alla legalità del comando. In questa accezione, nello specifico del diritto dell'economia, si pongono una serie di esigenze che, come si dirà, sono invece largamente contraddette (spesso in senso neoliberale) dalla realtà dell'ordinamento e dell'applicazione giurisdizionale.

Infatti, quanto ai soggetti che dettano regole (il legislatore, ovviamente, ma con non minore importanza, le autorità di regolazione, i centri di produzione privata di norme e standards, etc.) la pretesa alla chiarezza si rivolge essenzialmente nella prospettiva della limitatezza della variabilità della regola che deriva dal processo interpretativo ed applicativo; allo stesso modo, nei confronti sia del potere esecutivo che di quello giudiziario ⁽³¹⁾, pone con evidenza il problema della limitazione della discrezionalità interpretativa ed applicativa in quanto tali.

Rispetto a questi temi, che in quanto tali eccedono largamente il proposito di queste pagine (e sui quali ci si è già altre volte impegnati), conviene segnalare il profilo rilevante per il diritto dell'economia. Infatti, queste esigenze – propriamente liberali – sono, come si dirà, largamente contraddette dalla realtà dell'ordinamento, sicché è rilevante mettere in luce il profilo specifico della buona fede come pretesa alla chiarezza e prevedibilità del comando legale dell'autorità. Simmetricamente a quanto s'è fatto rispetto agli altri usi concettuali di cui s'è detto, conviene indicare come la giurisprudenza amministrativa colleghi la clausola di buona fede alla pretesa alla prevedibilità e chiarezza soprattutto sul versante dell'interpretazione del provvedimento ⁽³²⁾ – particolar-

31 Sul tema del giudice come creatore di regole, nella sterminata dottrina in argomento, resta fondamentale ai nostri fini M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione – Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3823 e più di recente il prezioso ed ampio studio di F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023 (non è certo questo il luogo per una discussione di questi temi e, se si crede, si può ancora esaminare il non più recente lavoro di chi scrive, *Interpretazione costituzionale e costituzionalità dei valori nell'interpretazione*, in *Jus*, 1993, 171).

32 In giurisprudenza è ormai consolidata l'affermazione per la quale «l'interpretazione degli atti amministrativi, ivi compreso il bando di gara pubblica, soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti» (Consiglio di Stato, sez. III, 2 settem-

mente nelle fattispecie di gare pubbliche ⁽³³⁾ o revoca di contributi o stipendi ⁽³⁴⁾.

3.4. Buona fede in senso stretto. Con riferimento alle fattispecie che occupano questa riflessione, non ci sono ragioni per differenziare il concetto di buona fede in senso stretto rispetto a quanto vale in generale nella relazione con l'amministrazione pubblica, sicché non è necessario fornire precisazioni concettuali in questa fase. Ovvio la considerazione che una serrata discussione del-

bre 2013, n. 4364) secondo «l'interpretazione letterale in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, dovendo in ogni caso il giudice ricostruire l'intento dell'Amministrazione, ed il potere che essa ha inteso esercitare, in base al contenuto complessivo dell'atto (cd. interpretazione sistematica), tenendo conto del rapporto tra le premesse ed il suo dispositivo e del fatto che, secondo il criterio di interpretazione di buona fede ex art. 1366 c.c., gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere» (Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2013, n. 238) giacché il criterio dell'interpretazione secondo buona fede deve essere inteso «in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla p.a. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure» (Consiglio di Stato, sez. V, 5 settembre 2011, n. 4980; Consiglio di Stato sez. V, 19 novembre 2009, n. 7260; Consiglio di Stato, sez. IV, 7 marzo 2005, n. 917); ne deriva, in materia di gara contrattuali pubbliche, che «solo in caso di oscurità ed equivocità delle clausole del bando, e degli atti che regolano i rapporti tra cittadini e amministrazione può ammettersi una lettura idonea a tutela dell'affidamento degli interessati in buona fede, non potendo generalmente addebitarsi al cittadino un onere di ricostruzione dell'effettiva volontà dell'Amministrazione mediante complesse indagini ermeneutiche ed integrative» (Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2010, n. 3359) ed in modo «da escludere interpretazioni correttive ed integrative delle clausole, contrarie alla buona fede ed alla *par condicio* dei partecipanti» (Consiglio di Stato, sez. IV, 7 marzo 2005, n. 917).

Sull'interpretazione dell'atto amministrativo, comunque, per tutti, M. MONTEDURO, *Il giudice e l'interpretazione del provvedimento amministrativo nell'esperienza italiana: la vicenda esemplare delle clausole dei bandi di gara*, in *Dereito*, 18 (2009), 203, che correttamente osserva che «non sembra reggere, ad un'attenta analisi, neppure il limite "pregiudiziale" che molte pronunce oppongono all'operatività del criterio teleologico dinanzi ad una clausola del bando assistita da espressa comminatoria di esclusione: la supposta "chiarezza" o "univocità" del testo della clausola, il che impedirebbe di utilizzare criteri interpretativi diversi da quello letterale, in virtù di una (a volte sottaciuta, a volte addirittura esplicita) adesione al brocardo *in claris non fit interpretatio*. In disparte le note critiche della dottrina al divieto che tale motto sottende, occorre chiedersi: chi stabilirà con certezza assoluta se una prescrizione è o non è "chiara" e "cristallina" per tutti e dunque non abbisognavole di alcuna interpretazione? Tale giudizio non è forse a sua volta espressione di un'opinione soggettiva che se non temperata dall'applicazione dei canoni metodologici dell'*ars interpretandi*, rischia di trasmodare in un arbitrio preclusivo ("*hic non est interpretandum*") peggiore del "male" che vorrebbe evitarsi, ossia la pluralità delle interpretazioni possibili? Di ciò si è ben resa conto un'avveduta parte della stessa giurisprudenza amministrativa, che attribuisce un significato del tutto peculiare al requisito della "chiarezza" della singola clausola di bando, anche ove quest'ultima sia stabilita espressamente a pena di esclusione»; si vedano, comunque, anche i lavori precedenti dello stesso autore, come ID., *Interpretazione del bando*, in Perfetti (a cura di), *Repertorio degli appalti pubblici*, vol. II, Padova, Cedam, 2005, 764 ed il successivo e fondamentale, ID., *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. Vol. 1: Questioni presup-*

le opinioni, dottrinali e giurisprudenziali, in argomento renderebbe più perspicua l'affermazione e, tuttavia, condurrebbe assai lontano rispetto allo scopo di queste pagine, sicché vale la pena di rinviare all'intenso dibattito pubblicato in questa sezione della *Rivista*. Ad ogni buon conto, senza impegnare il lettore in una discussione esorbitante lo scopo, basterà por mente al fatto che le fattispecie di cui ci si occupa sono più intensamente caratterizzate dalla sussistenza di rapporti contrattuali o comunque paritari nella fase di esecuzione e dalla (quasi sempre necessaria) implementazione di procedure ad evidenza pubblica nella fase di formazione del rapporto, sicché si intende facilmente perché la clausola di buona fede in senso stretto si atteggi in modo del tutto coerente con quanto accade in via generale rispetto all'attività consensuale dell'amministrazione, ovvero a quella autoritaria ed ai relativi profili di responsabilità.

4. Antanàclasi

4.1. *Chiarimento metodologico*. Individuati quattro profili concettuali autonomi della buona fede nel diritto (pubblico) dell'economia, sembra utile indicare alcune fattispecie simboliche dell'inversione di direzione e significato della buona fede nella relazione con l'autorità pubblica, sicché nell'attuale stato dell'ordinamento la menzione della buona fede riprende l'espressione, variandone il significato e la direzione.

poste di teoria del provvedimento, Padova, Cedam, 2012.

33 Oltre a quanto già riferito, varrà la pena di rammentare quegli orientamenti per i quali l'applicazione dei «principi generali di buona fede e di tutela dell'affidamento», non possono ammettere «l'ascrizione in capo al privato delle conseguenze negative di un errore indotto da una non chiara formulazione della disciplina di gara» (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, 20 luglio 2004, n. 5289; Consiglio di Stato, sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3004; Consiglio di Stato sez. VI, 22 gennaio 2002, n. 383).

34 La giurisprudenza sul punto è granitica nel ripetere sempre con le stesse espressioni verbali che nel caso di indebita erogazione di denaro pubblico affidamento e buona fede «non sono di ostacolo all'esercizio da parte dell'amministrazione del potere» di revocare il beneficio e ripetere le somme, salva la necessità di rendere «chiare» le ragioni dell'illegittimità – sicché in questo caso la chiarezza non è che un corollario dell'obbligo di motivazione (ad esempio, Consiglio di Stato, sez. VI, 25 settembre 2006, n. 5602).

Da un punto di vista metodologico, si potrebbe operare anche in direzione diversa, vale a dire dedicarsi a ricostruire la profonda trasformazione del ruolo e dei modi di azione dell'autorità, fornendone le adeguate conferme e riproponendo – declinandola nello specifico di questo settore dell'ordinamento – dialetticamente l'antitesi che si è più volte proposta a rimedio di queste trasformazioni che, ad opinione di chi scrive, sono del tutto incompatibili con il quadro costituzionale del potere pubblico. Tuttavia, il discorso sarebbe assai più complesso, articolato, ponderoso e forse, per essere convincente, richiederebbe una trattazione troppo ampia. Non sembra la prospettiva più fruttuosa. Da questo punto di vista, poi, si deve tenere in considerazione il fatto che il diritto (pubblico) dell'economia individua una sfera di relazioni sociali ed un settore dell'ordinamento dai confini incerti, sicché lavorare su fattispecie simboliche piuttosto che sulla creazione di un sistema compiuto sembra più fruttuoso anche per via della difficoltà a definire il perimetro di un simile sistema ed i suoi principi ordinanti.

Per conseguenza, quel che si intende svolgere in questa sede non è il compito di chi ricostruisce una comprensiva teoria – che contenga l'analisi del cambiamento ed i suoi rimedi – giacché, nello specifico del diritto (pubblico) dell'economia, gli incerti confini, al molteplicità di regole e rapporti, i rapidi cambiamenti e l'articolazione anche singolare delle autorità e dei loro poteri, sembra sopportare con maggiore difficoltà la proposizione di una teoria complessiva e convincente; piuttosto, quel che si vuole porre in luce è un radicale cambiamento del significato e della funzione della clausola, attraverso indicazioni concrete e simboliche – sia pure senza perdere di vista l'intenzione, per quanto sotterranea ed implicita, di farne emblemi della trasformazione del sistema, dei modi e delle forme del manifestarsi del comando pubblico, trasformazione alla quale non si può che reagire proponendo spiegazioni e sistemi (che, tuttavia, essendo già molte altre volte indicati non sembra necessario riproporre in questa sede).

Converrà, allora, seguire le quattro declinazioni della clausola che si sono proposte più sopra.

4.1. *Affidamento. Il caso delle crisi bancarie.* Si è accennato al fatto che per affidamento si potrà intendere la situazione di chi ripone ragionevolmente fiducia in un certo stato di cose, atteggiando la sua condotta di conseguenza e che nei confronti del potere amministrativo questa pretesa si declina soprattutto in relazione ai doveri della parte pubblica che si sostanziano nel principio del giusto procedimento e nell'aspettativa circa la legittimità del provvedimento – anche nella sua dimensione di atto impugnabile in un giudizio di piena giurisdizione.

Vi sono vari esempi utili a mettere in luce la radicale messa in discussione di questa pretesa nel diritto dell'economia; ciascuno di questi esempi consentirebbe di porre in luce sia l'estrema compressione delle garanzie procedurali, sia la dequotazione del ruolo di garanzia del provvedimento, con la conseguente estrema limitazione della tutela; non manca la possibilità di esemplificare anche il profilo dell'uso della solidarietà nella prospettiva neoliberale del dovere di sottoposizione a regole derogatorie nell'interesse generale.

Il caso delle crisi bancarie, però, mi pare particolarmente significativo, perché si accompagna alla scomparsa vera e propria del provvedimento e della tutela, lungo una parabola che passa per la compressione delle garanzie della pienezza della tutela.

Rispetto alle crisi bancarie la legge prevede procedure di soluzione della crisi analoghe a quelle ordinarie delle imprese commerciali. Come tutti sanno, la banca in crisi può essere sottoposta a liquidazione coatta amministrativa ⁽³⁵⁾ – per quanto limitata sia la sua applicazione ⁽³⁶⁾ –, ad amministrazione straordi-

35 G. BONFANTE, *La liquidazione coatta amministrativa. Commento a dec. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 2032; F. ACCETTELLA, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa di tipo bancario*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2020, 436; F. BURIGO, *Osservazioni in merito al procedimento per la dichiarazione di insolvenza dell'impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2020, 401.

36 Casi recenti sono i decreti del Ministro dell'Economia 25 giugno 2017, n. 186 relativo a Veneto Banca e n. 185 relativo a Banca Popolare di Vicenza, con i quali le due banche sono state sottoposte a liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell'art. 83, co. 3, del Testo Unico Ban-

naria ovvero a risoluzione. La liquidazione coatta amministrativa è un ordinario provvedimento amministrativo, come tale suscettibile di impugnazione avanti il giudice amministrativo. Anche l'amministrazione straordinaria si fonda su un atto di accertamento ⁽³⁷⁾ da parte di un'autorità amministrativa come Banca d'Italia – e la disciplina, non diversa da quella previgente ⁽³⁸⁾ salve questioni minori ⁽³⁹⁾, è diretta ad assicurare la regolarità dell'azione dell'intermediario anche nell'interesse generale ⁽⁴⁰⁾, con conseguenza diretta del rilievo propriamente e

cario. Si vedano certamente, G. MOLLO, *La nozione di «controversia» nella disciplina della liquidazione coatta amministrativa delle «banche venete»*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2020, 416; F. PACILEO, *Cessioni aggregate, aiuti di Stato e responsabilità della cessionaria: note a margine della vicenda delle banche venete*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2020, 684; I. MECATTI, *La responsabilità della banca cessionaria nell'ambito della l.c.a. [liquidazione coatta amministrativa] delle banche venete, per le pretese risarcitorie degli azionisti e restitutorie dei creditori della banca cedente*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2019, 784; P. BONETTI PAOLO, *Brevi note sui profili costituzionali dell'interpretazione conforme del decreto-legge n. 99/2017 sulla liquidazione coatta amministrativa di due banche venete*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, 641; A.A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *Debiti (non) ceduti e insinuazione al passivo. A proposito delle «banche venete»*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, 5; D. MAFFEIS, *I debiti delle banche venete: interpretare un contratto che ha funzione di legge*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2018, 994; M. RISPOLI FARINA, *La soluzione della crisi del Monte Paschi di Siena e delle banche venete nell'ambito della procedura di risanamento e risoluzione delle banche italiane. Uno sguardo di insieme*, in *Studi senesi*, 2018, 449.

37 L'accertamento è relativo alle «gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie o gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero quando il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo», oltre alla previsione di «gravi perdite del patrimonio» ed alla richiesta motivata da parte degli organi amministrativi ovvero dall'assemblea straordinaria.

Per la compiuta indagine sull'istituto in questione, F. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 70*, in Id. (a cura di e con M. Pellegrini, M. Sepe e V. Troiano) *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2012, t. II, 858. Successivamente, C. CANALE, *L'accertamento dell'insolvenza delle banche alla luce della (nuova) disciplina europea sulla gestione delle crisi bancarie: ritorno alla tradizione tramite l'innovazione?*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2020, 275; G. FALCONE, «Stato di dissesto» e «insolvenza» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2019, 233; O. SOLINA, *I poteri del Mef nella procedura di «amministrazione straordinaria» delle banche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, 263; L. SEMINARA, *Amministrazione straordinaria delle banche: condizioni e competenze delle Autorità creditizie*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, 289.

38 In tal senso, A. NIGRO, *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: qualcosa si muove?*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2001, 390 – ma si veda anche ID., *Amministrazione straordinaria delle banche e giurisprudenza amministrativa: ritorno al passato?*, *ivi*, 2003, 106.

39 Come quello dei confini dell'applicabilità della legge generale sul procedimento amministrativo, sul quale, F. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 70*, cit., 867; più estesamente, a commento di Consiglio di Stato, sez. IV, 11 novembre 2010, n. 8016, A. MOLINTERNI, *Vigilanza creditizia e diritto amministrativo nella fase di avvio della procedura di amministrazione straordinaria delle banche*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1914.

40 Su questi profili, F. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 70*, cit., 868; V. CERULLI IRELLI, *Crisi bancarie: i provvedimenti amministrativi e i loro effetti*, in M. T. Cirenei e G. C. De Martin (a cura di), *Il sistema creditizio nella prospettiva del Mercato Unico Europeo*, Milano, Giuffrè, 1990, 165; M. ROSSI, *sub art. 70*, in *Commentario breve al Testo Unico Bancario*, a cura di Costi-Vella, Padova, Cedam,

direttamente giuridico degli interessi dei risparmiatori ⁽⁴¹⁾. Anche con riguardo a questa procedura è evidente il rilievo centrale di provvedimenti amministrativi assunti da autorità amministrative, regolati dalla legge e suscettibili di impugnazione innanzi il giudice amministrativo. Anche le procedure di risoluzione, sulla base della direttiva 2014/59/UE (*Bank Recovery and Resolution Directive* o BRRD) ⁽⁴²⁾, sono caratterizzate dall'adozione di provvedimenti amministrativi – della Banca d'Italia – suscettibili di impugnazione avanti il giudice amministrativo ⁽⁴³⁾; sulla base di quanto previsto dall'art. 18, co.5 del SRM (Regolamento UE n. 806/2014 che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il Regolamento UE n. 1093/2010) la risoluzione sarà possibile e «*considerata nell'interesse pubblico*» in quanto consegua almeno uno degli obiettivi della risoluzione (per come indicati dall'articolo 14 del Regolamento 806/2014), sia ad essi proporzionata e se «*la liquidazione dell'ente con procedura ordinaria di insolvenza non consentirebbe di realizzare tali obiettivi nella stessa misura*» (la clausola cosiddetta *no credi-*

2019, 380.

41 VELLA, *Proposta di avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa nei confronti delle imprese bancarie e responsabilità degli organi di vigilanza*, in *Giur. It.*, 1990, 3, limita la «specificità degli strumenti di intervento dei salvataggi bancari a protezione dei risparmiatori».

42 Senza alcuna pretesa di esaustività, né lo spazio per discutere le tesi sostenute, B. WESSELS, M. HAENTJENS, *Research Handbook on Cross-Border Bank Resolution*, Cheltenham, Elgar, 2019; M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, Padova, Cedam, 2018; D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, Milano, Cedam, 2017; G. BOCCUZZI, *Il regime speciale della risoluzione bancaria. Obiettivi e strumenti*, Bari, Cacucci, 2018; ID., *The European Banking Union, Supervision and Resolution*, London, Palgrave Macmillan, 2016; E. RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, Torino, Giappichelli, 2017; F. CAPRIGLIONE, *Crisi bancarie e crisi di sistema. Il caso Italia*, in *Federalismi.it*, 2020, 6, 1; S. CASSESE, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, Roma, marzo 2014, 19; A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. Comm.*, 2018, 181; E. CECCHINATO, *L'amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi*, in *Riv. diritto bancario*, 2021, II, 303; L. SALTARI, *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione italiana?*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2019, 249; O. CAPOLINO, *The Single Resolution Mechanism: Authorities and Proceedings*, in Chiti-Santoro (a cura di), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Cham, Palgrave Macmillan, 2019, 254.

43 Specificamente, F. DIMICHINA, *Brevi considerazioni sul tema del sindacato del giudice amministrativo sugli atti della Banca d'Italia*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, VIII (2021), 473.

tor worse off) ⁽⁴⁴⁾; nelle esperienze concrete di risoluzione bancaria applicate nel nostro Paese, proprio la valutazione circa l'impossibilità di perseguire i medesimi interessi, nella stessa misura, attraverso la liquidazione coatta amministrativa, è stata centrale nei provvedimenti amministrativi che hanno disposto la risoluzione e nei molti giudizi che li hanno riguardati, proposti innanzi il giudice amministrativo, alle Corti europee ed alla Cassazione.

Dopo decenni di applicazione delle procedure ordinarie (di liquidazione o amministrazione straordinaria) ed un'intensa stagione di risoluzioni bancarie, in tempi recenti, si è assistito frequentemente all'intervento del Governo – con decreti legge – e del Parlamento – in sede di conversione in legge – con leggi *ad hoc* che introducono misure di salvataggio dirette a sottrarre l'impresa bancaria alla crisi.

La sostanza di questo dispositivo è quella di elidere l'intero procedimento e provvedimento amministrativo – sostituiti dalla legge derogatoria e da operazioni commerciali – con il risultato di rimuovere interamente le garanzie (anche dell'affidamento, che è quel che qui rileva). Queste operazioni, invece, sono state interamente gestite dal Governo attraverso fonti di livello primario,

44 In argomento, senza pretesa di esaustività, almeno, F. SALERNO, *La "liquidazione ordinata" delle banche in crisi*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2021, 305; V. D. GESMUNDO, *L'insolvenza bancaria al tempo dell'Unione*, in *Giur. Comm.*, 2020, 1207; A. RIZZI, *La disciplina dell'amministrazione straordinaria nella sistematica della riforma della crisi d'impresa e del diritto concorsuale*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, 1267; E. MINERVINI, *Il diritto all'indennizzo degli ex azionisti del Banco di Napoli, S.p.A.*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2020, 803; L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. Comm.*, 2020, 184; I. DONATI, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. Soc.*, 2020, 164; M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. Comm.*, 2019, 32; F. GHEZZI, M. BOTTA, *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione in Europa e negli Stati membri, tra spinte centrifughe ed effetti di spill-over*, in *Riv. Soc.*, 2018, 1047; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla regulation unica europea*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, per il quale «Banca d'Italia faceva ricorso ad un ampio strumentario di atti e procedimenti amministrativi» ed il «fondamento di tutti i poteri era l'interesse pubblico alla stabilità e funzionalità del mercato bancario, da perseguirsi "governando" gli ingressi ed indirizzandone gli sviluppi, vigilando sulla sana e prudente gestione degli istituti e gestendo le eventuali situazioni di crisi», con proposta che unifica i profili di pubblico interesse – a mio modo di vedere, operazione non sempre agevole se si comprenda la messa in liquidazione della banca; e R. LENER, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collegamento degli strumenti azionari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, 287.

che assegnano compiti a soggetti pubblici (tipicamente la Cassa depositi e prestiti) ⁽⁴⁵⁾ o privati con i quali il Governo stesso ha raggiunto accordi di massima sul versante privatistico.

Conviene fornire degli esempi, per comprendere a fondo questo dispositivo giuridico ⁽⁴⁶⁾. Un primo caso è quello del fondo Atlante I ⁽⁴⁷⁾, che ha visto l'intervento di Cassa depositi e prestiti e della Società di Gestione delle Attività S.p.A., interamente partecipata dal Governo (attraverso il Ministero delle Finanze). Il fondo ha assunto il ruolo di sottoscrittore di ultima istanza delle nuove azioni non sottoscritte emesse negli aumenti di capitale necessari per il salvataggio di Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca – con un successivo fondo, Atlante II, si è avuta la sottoscrizione di titoli *junior* e *mezzanine* emessi nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione, per i quali non era possibile concedere garanzie pubbliche, sicché si è intervenuti – per sostenere il mercato delle cartolarizzazioni dei crediti deteriorati – con il decreto legge 14 febbraio 2016, n. 18. Questi interventi sono stati realizzati attraverso norme di legge ed azioni concrete che non sono state poste in essere né dall'amministrazione né dal giudice (protagonisti delle procedure ordinarie), anche se la regia complessiva era indubitabilmente del Governo. Gli scopi – di interesse pubblico – erano garantire stabilità e competitività del sistema bancario, tutelare i depositanti, prevenire l'impatto sui piccoli risparmiatori dell'applicazione del *bail-in* ed, infine, non determinare effetti dannosi sul sistema delle imprese locali. Solo successivamente – e sempre con norme *ad hoc*, come il decreto legge 25 giugno 2017, n. 99 – Banca d'Italia ha avviato una procedura di liquidazione coatta

45 Per la Corte dei Conti (cfr., *Determinazione e relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria di Cassa depositi e prestiti S.p.A. 2017*, determinazione del 5 febbraio 2019, n. 9, 56) «I risultati del 2017 ribadiscono il ruolo centrale e di promozione svolto dal Gruppo CdP a sostegno dell'economia italiana, ad ulteriore conferma della trasformazione della società in un vero e proprio strumento di politica industriale».

46 Anche in questo caso si ricorrerà solo ad indicazioni da fonti pubbliche, che prescindono interamente dall'esperienza professionale dell'autore relativamente a queste procedure.

47 Cfr., L. STANGHELLINI, *Tutela dell'impresa bancaria e tutela dei risparmiatori*, in *Banca impresa società*, 2018, 436.

amministrativa delle due banche, con continuazione dell'esercizio dell'impresa attraverso la cessione dell'azienda bancaria e l'acquisto dei crediti deteriorati da parte di una società interamente partecipata dal Governo. Anche nel caso della crisi del Monte dei Paschi di Siena è intervenuto direttamente il legislatore – con il decreto legge 23 dicembre 2016, n. 237 – assegnando compiti ad alcune strutture dello Stato o ad esso direttamente riconducibili, perché fornissero garanzia statale su passività di nuova emissione e su operazioni di erogazione di liquidità di emergenza effettuate dalla Banca d'Italia nonché di acquisto o sottoscrizione di azioni di nuova emissione per la ricapitalizzazione precauzionale della banca.

Ancora più evidente è il caso di Banca Carige S.p.A., per la quale si è intervenuti con il decreto legge 8 gennaio 2019, n. 1. Anche in questo caso si tratta di una legge *ad hoc*. Anche in questo caso, il Governo, attraverso legge, ha previsto la concessione della garanzia dello Stato sulle passività di nuova emissione e sui finanziamenti erogati da Banca d'Italia, nonché sottoscrizione di nuove azioni o acquisto da parte del Governo (Ministero delle Finanze) per il rafforzamento patrimoniale della banca. Anche quanto a Banca popolare di Bari ⁽⁴⁸⁾, a fronte della crisi bancaria avviata con il commissariamento degli organi della banca da parte di Banca d'Italia per gravi irregolarità, il Governo è intervenuto attraverso strumenti legislativi, con il decreto legge 16 dicembre 2019, n. 142. Anche in questo caso la legge impegna società interamente partecipate dallo Stato ⁽⁴⁹⁾ ad assumere il compito di rilanciare Banca Popolare di Bari ed acquisirne azioni.

Il coinvolgimento dell'amministrazione o della giurisdizione è sostanzialmente inesistente. L'intera operazione è sotto la regia del Governo, e si realizza attraverso società interamente partecipate dal Governo stesso. Il provvedimen-

48 Per taluni profili rilevanti, E. CECCHINATO, *L'amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, sez. II, 304

49 Come Banca del Mezzogiorno MedioCredito Centrale S.p.A., interamente partecipata da Invitalia S.p.A., di proprietà del Ministero dell'Economia.

to amministrativo è interamente assente, e con esso il luogo di calibrazione degli interessi ed applicazione della legge suscettibile di impugnazione avanti il giudice amministrativo. Qualunque forma di affidamento o è protetta dalla legge o dai risultati materiali dell'operazione di salvataggio, oppure viene travolto dalla disciplina straordinaria e derogatoria, privo di un giudice. Se è vero che il provvedimento amministrativo assolve ad un fondamentale ruolo di garanzia – e rende possibile l'accesso alla tutela giurisdizionale – la sua assenza determina l'effetto contrario. Si tratta di un esempio plastico di diretta funzionalizzazione della legge al conseguimento di obiettivi di mercato, in funzione neoliberale, di evocazione della solidarietà come dovere di soggezione al comando legale, di compressione della tutela giurisdizionale.

4.2. *Stabilità. Le leggi-provvedimento; le norme derogatorie e speciali; le contrazioni del sindacato giurisdizionale.*

Come si è provato ad osservare più sopra, il profilo della stabilità è la declinazione della buona fede che maggiormente corrisponde alle aspettative neoliberali – che innescano politiche autoritarie. Mentre la certezza (buona fede/certezza) ha la funzione – liberale in senso classico – di consentire siano fissati i confini tra libertà e comando dell'autorità, allo scopo di consentire il pieno dispiegarsi della prima, la stabilità (buona fede/stabilità) è diretta a consolidare una data disciplina dei rapporti e degli interessi, con lo scopo di non renderla mutabile né alterabile da parte del giudice quando si faccia valere la pretesa alla legalità o alla protezione delle situazioni soggettive protette dall'ordinamento e ad essa opposte.

Gli esempi di questo meccanismo nel diritto (pubblico) dell'economia sono moltissimi. Basterà individuare alcuni esempi.

4.2.1. Anzitutto, il dispositivo della legge-provvedimento. Nelle principali vicende di rilievo economico che hanno interessato il Paese dall'inizio di questo millennio, è esattamente l'esigenza della stabilità (e della conseguente irresponsabilità) ad avere innescato la dinamica della legge-provvedimento. I suoi carat-

teri sono puntualmente funzionali a questo scopo. Infatti, attraverso la legge-provvedimento ⁽⁵⁰⁾ ci si può valere di un dispositivo giuridico che assicura una disciplina *ad hoc* relativamente ad un dato affare – che come tale rende insieme certo e stabile il risultato dell’investimento –, nonché la sostanziale rimozione degli spazi di sindacato giurisdizionale () – sostanzialmente indisponibile in tempo utile – e la sottrazione (o limitazione) dalla responsabilità assicurata attraverso la legge. E’ certo che la complessità delle situazioni cui si intende alludere ed, insieme, il rilievo dei rischi che si erano nel tempo accumulati rispetto all’oggetto interessato dall’operazione, richiedevano cure specifiche; tuttavia, questo dispositivo è apparso – pur nella sua portata derogatoria e con i problemi di compatibilità costituzionale noti – particolarmente adatto alla concretizzazione di obiettivi tipicamente neoliberali.

Non è difficile esemplificare – in aggiunta alle crisi bancarie che si sono già accennate, anch’esse gestite con legge-provvedimento; è tipico il caso delle crisi di Bagnoli ⁽⁵¹⁾ ed Ilva ⁽⁵²⁾ sul versante industriale, ovvero, su quello delle

50 In Italia, di recente e con ampie informazioni, S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007.

L’origine del concetto è in F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1907, III, 94; per un’autorevole approccio critico, C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1969; per più recenti considerazioni, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009 e A. SARANDREA, *Legge-provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3430. Sulla giurisprudenza costituzionale anche A. CARDONE, *Il fenomeno delle leggi provvedimento e la crisi della separazione tra ordine legale e ordine costituzionale: retorica dello strict scrutiny e vuoti di tutela*, in P. CARETTI - C. GRISOLIA (a cura di), *Lo stato costituzionale: la dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, 2010, 182.

Sull’alterazione dell’ordine costituzionale, resta fondamentale G. U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 319

Da altro punto di vista la questione può essere studiata nella prospettiva della riserva di amministrazione, sulla quale l’ampio studio di D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; F. RIGANO, *Scrutinio di stretta ragionevolezza sulle leggi-provvedimento e riserva d’amministrazione*, in *Le Regioni*, 1995, 521

51 Ci si riferisce all’articolo 33, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, vale a dire la previsione inserita all’interno del cosiddetto decreto “sblocca Italia” con il quale, venne nominato il commissario straordinario per l’area di Coroglio, in forza della quale è stato poi approvato lo stralcio urbanistico del programma di risanamento ambientale e di rigenerazione urbana adottato dal commissario stesso per la bonifica ambientale e rigenerazione urbana dell’area di Bagnoli-Coroglio.

grandi opere basterà pensare al ponte sullo stretto di Messina ⁽⁵³⁾, al viadotto Polcevera di Genova ⁽⁵⁴⁾, oppure alle varie crisi della compagnia di bandiera ⁽⁵⁵⁾ nonché all'organizzazione delle Olimpiadi ⁽⁵⁶⁾ e della realizzazione di Expo Milano 2015 ⁽⁵⁷⁾.

4.2.2. Il collegamento tra legge-provvedimento, emergenza e deroga è decisivo per comprendere la realtà dell'ordinamento.

In tutte queste operazioni – come già nelle crisi bancarie – il ricorso alla legge-provvedimento è sempre collegato ad una vicenda emergenziale (tale divenuta per via dell'aggravarsi progressivo di criticità già in essere da tempo oppure per circostanze impreviste ovvero, ancora, per la necessità di assicurare risultati materiali in tempi certi).

L'emergenza – vera o presunta che sia – porta con sé, quasi naturalmente, l'affermazione dell'impossibilità di ricorrere a procedure ordinarie. Proprio l'enfasi dell'emergenza collega inscindibilmente quest'ultima alla deroga. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza, ad esempio, andato indenne dal dispositivo

52 Ad esempio il d.l. 3 dicembre 2012, n. 207; ma l'intera vicenda di ILVA è stata caratterizzata dal continuo succedersi di normative emergenziali e derogatorie, basti pensare all'art. 3 del d.l. n. 207/2012, che prevede che l'impianto siderurgico Ilva di Taranto costituisce stabilimento di interesse strategico nazionale e che, quindi, la società è reimmessa nel possesso degli impianti e dei beni già sottoposti a sequestro dell'autorità giudiziaria e che i prodotti in giacenza, compresi quelli realizzati antecedentemente alla data di entrata in vigore del decreto-legge, possono essere commercializzati.

53 d.l. 2 novembre 2012, n. 187, che dichiarò la “caducazione” *ex lege* della concessione alla Stretto di Messina e di tutti i contratti con le imprese.

54 D. l. 28 settembre 2018, n. 109, “Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze”.

55 Su Alitalia si è intervenuti varie volte con leggi emergenziali; qui basti riferirsi al d.l. 27 aprile 2018, n. 38 «*Misure urgenti per assicurare il completamento della procedura di cessione dei complessi aziendali facenti capo ad Alitalia S.p.A.*».

56 Gli eventi sportivi sono stati spesso caratterizzati da questi strumenti. Da ultimo, si veda il d.l. 11 marzo 2020, n. 16, «*Disposizioni urgenti per l'organizzazione e lo svolgimento dei Giochi olimpici e paralimpici invernali Milano Cortina 2026 e delle finali ATP Torino 2021 – 2025*»; è interessante comunque riferirsi alla ordinanza della protezione civile O.P.C.M. 29 dicembre 2005, n. 3489, «*Disposizioni urgenti per lo svolgimento nel territorio della provincia di Roma dei mondiali di nuoto «Roma 2009*».

57 Ci si riferisce al d.l. 25 giugno 2008, n. 112 ed al precedente D.P.C.M. 30 agosto 2007, tema sul quale occorre rinviare a A. ROCCELLA, *La gestione amministrativa di un grande evento: regole e deroghe*, in *Amministrare*, 2016, 22.

della legge-provvedimento – con la conseguenza di essere assai più riguardoso delle Stato-di-diritto liberale e la necessità di accompagnare al piano norme di limitazione delle garanzie procedurali e della tutela giurisdizionale ancor più severe del solito ⁽⁵⁸⁾, per assicurare comunque il risultato neoliberale della stabilità, conseguita con il concorso spontaneo della giurisprudenza amministrativa –, non ha fatto mancare un ampio ricorso alla deroga. Nello specifico della legge-provvedimento che introduce norme derogatorie legittimandole con l'emergenza, il tema è particolarmente significativo perché – da un punto di vista istituzionale – è chiaro che essa è l'espressione del gruppo di potere che dispone della maggioranza parlamentare, che sottrae alle garanzie della giurisdizione una decisione per sua natura amministrativa. È difficile negare che — da un punto di vista istituzionale — la legge-provvedimento non si mostra, nella normalità dei casi, come l'esercizio di una pura volontà parlamentare; piuttosto, è espressione della volontà della maggioranza politica — in cooperazione tra Parlamento e Governo — di rafforzare una sua decisione puntuale in modo da imporla con maggiore vigore; la garanzia neoliberale della stabilità richiede, quindi, la messa in crisi del concetto classico di legalità, stante che chi detiene la maggioranza può assumere la decisione circa il contenuto dei concetti di sicurezza ed ordine pubblico — *«e trattare l'avversario politico-partitico»*, scrive Schmitt, *«come un delinquente comune»* ⁽⁵⁹⁾, essendo evidente che, nella specie, l'avversario politico non è affatto l'esponente di un partito avversario, quanto, piuttosto, la persona ove sia portatrice di pretese e diritti (anche fondamentali) che si oppongono al risultato materiale che si intende conseguire cui vengono sottratte garanzie e capacità di far valere le proprie ragioni. Se si guarda al problema nella prospettiva Benjamin (*«La tradizione degli oppressi ci insegna che lo “stato di emer-*

58 Per alcune considerazioni ulteriori, sia consentito il rinvio al lavoro di chi scrive *La semplificazione amministrativa in materia di appalti pubblici*, in G.P. Dolso (a cura di), *Governare la ripresa. La pubblica amministrazione alla prova del Recovery Plan*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2022, 129.

59 C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Berlin, 1932 (parziale trad. it., *Le categorie del politico*, Bologna, 1972)

genza” in cui viviamo è la regola»⁶⁰) non faticiamo a trovare un collegamento chiaro tra ricorso alla legge-provvedimento, abuso della maggioranza, intesa del Governo con il mercato (sulla singola operazione), e contrazione della protezione dei diritti e delle pretese opposte al risultato dell’operazione, con il risultato di renderla stabile e, quindi, coerente alla richiesta del mercato. Le vicende dell’acciaieria Ilva di Taranto, solo per fare un esempio, sono così emblematiche da non richiedere neppure di essere rammentate; l’innescò del contrasto tra protezione della salute e del lavoro, continuità aziendale e ripristino ambientale sono stati ordinati con chiarezza a garanzia degli investimenti nel sito produttivo.

Il dato istituzionale di maggiore interesse è dato dal costante ricorso alla deroga – che assicura stabilità alla decisione puntuale, ma naturalmente determina strutturalmente la disuguaglianza ed ordinariamente la contrazione delle garanzie partecipative, del ruolo di garanzia del provvedimento (per lo più assente, grazie all’abuso di leggi-provvedimento) e della garanzia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi – con il frequente accoppiamento all’emergenza o alla precauzione⁶¹) come sua fonte, ed al ricorso alla legge-provvedimento.

4.2.3. Il quadro degli esempi significativi è agevole da chiudere con i casi di limitazione della tutela per via legislativa. E’ più che ovvio il richiamo alle norme processuali in tema di accelerazione e contrazione delle domande nel giudizio amministrativo. E’ noto che l’art. 125 del Codice del Processo Ammi-

60 W. BENJAMIN, *Über den Begriff der Geschichte*, in *Neue Rundschau*, LXI, Frankfurt 1950, 560 (trad. it., *Tesi di filosofia della storia*, Milano, 2012).

61 Che la precauzione sia una potente fonte di potere disciplinare innescato dalla stessa dinamica democratica e funzionale alla decisione autoritaria con meccanismi solidaristici, vale a dire con una sostanziale perversione di dinamiche liberatorie che si trasformano in fonte di autoritarismo è agevole da cogliere; ne sono dimostrazione anche i lavori molto noti di U. BECK, *Politik in der Risikogesellschaft - Essays und Analysen*, Berlin, Suhrkamp, 1991; sul tema anche C.S. SUSTEIN, *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 26, 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 rischio: «a democratic society, following popular views, will embody a form of risk aversion for low-probability risks that might result in serious harms».

nistrativo (C.P.A.) limiti la tutela cautelare prevedendo che la pronuncia del giudice debba tenere «*conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera*», interesse che, qualificato come preminente dalla legge, condiziona la tutela cautelare e l'interesse del ricorrente (che «*va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure*»), mentre, quanto alla domanda di merito, si prevede espressamente che il contratto sottoscritto non possa venire meno per ragione della sospensione o annullamento dell'affidamento. E' più che evidente che la disposizione processuale abbia lo scopo di assicurare proprio la stabilità del contratto a fronte dell'illegittimità della sua procedura di formazione e del provvedimento di aggiudicazione. Anche in questo caso, la stabilità prevale sulla garanzia dei diritti – come peraltro è accaduto con il cosiddetto rito super speciale per gli appalti ⁽⁶²⁾ nonché con le

62 Oltre alle opere pubbliche di rilevanza strategica, lo stesso rito speciale per gli appalti pubblici in genere ha subito una serie di interventi sicché è esso stesso un rito speciale, frequentemente accelerato. Nella specie, il codice dei contratti vigente (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) all'art. 204, lett. *b*), modificava l'art. 120 C.P.A., sicché al rito accelerato appalti, si ne è affiancato un "superaccelerato" (art. 120, c. 2 *bis* e 6 *bis*, C.P.A.) rimasto in vigore fino al 19 aprile 2019, quando veniva abrogato dall'art. 1, c. 22, lett. *a*), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55.

Lo scopo di questa disciplina, come espressamente chiarito in giurisprudenza era esattamente quello di assicurare la stabilità del rapporto contrattuale (per Consiglio di Stato, sez. VI, 6 marzo 2017, n. 1059 «la novella all'art. 120 disegna per le gare pubbliche un nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda»); che le disposizioni in questione fossero apertamente dirette alla compressione dei diritti costituzionali non sfugge a Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994, infatti, i dubbi relativo al diritto intertemporale debbono «essere risolti preferendo l'opzione ermeneutica meno sfavorevole per l'esercizio del diritto di difesa (e, quindi, maggiormente conforme ai principi costituzionali espressi dagli artt. 24 e 113)», essendo evidente che la disciplina in questione costituiva una compressione di diritti fondamentali – sicché andava preferita l'applicazione di quella che ne determinava una lesione minore; neppure al TAR Puglia, Bari, ordinanze n. 138/2018 e n. 141/2018 di rimessione della questione di costituzionalità aveva taciuto che la disciplina in questione contrastava con l'effettività della tutela giurisdizionale imponendo l'impugnazione di atti non lesivi solo allo scopo di assicurare, appunto, certezza/stabilità del rapporto.

Tuttavia, la Corte Costituzionale, con decisione tutta costruita su parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato, respingeva la questione, ribadendo l'ampia discrezionalità del legislatore quanto alle forme di tutela, salvo il limite dell'irrazionalità ovvero dell'eccessiva difficoltà nel far valere i diritti (Corte Costituzionale, 13 dicembre 2019, n. 271) e collocandosi nella scia della di poco precedente decisione della Corte di Giustizia (14 febbraio 2019, causa C-54/18).

ulteriori deroghe processuali previste in relazione al PNRR, modello evidente del contrasto della stabilità con chiarezza e prevedibilità e, ovviamente, a danno di queste due tradizionali esigenze liberali ed in favore della stabilità neoliberale e della contrazione della tutela⁽⁶³⁾.

4.3. *Chiarezza e prevedibilità. I poteri speciali del Governo (o golden powers); la cyber security; i poteri impliciti.*

Le fattispecie di diritto (pubblico) dell'economia, così come evidenziano una chiara enfattizzazione del profilo della stabilità – in funzione neoliberale – presentano un altrettanto chiara frustrazione del profilo della buona fede declinato lungo i principi di chiarezza e prevedibilità.

Gli esempi sono potenzialmente molti e basterà fornirne tre, emblematici.

63 L'art. 3, d.l. 7 luglio 2022, n. 85, introduce l'ennesimo rito speciale, che non si esaurisce nella semplice applicazione degli artt. 119 e 120 C.P.A. Si tratta di norme pensate per essere applicate alle controversie relative a «qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR», con un'ampiezza applicativa – quindi – piuttosto indeterminata, che segnala fin da subito la prevalenza della stabilità sulla chiarezza (la norma non è chiara ma è diretta ad assicurare stabilità a rapporti in qualche modo interessati dal PNRR).

Poiché le missioni del PNRR sono le più varie (ambiente, energia, istruzione, agricoltura, logistica, innovazione digitale), il finanziamento dell'attività dei privati in questo senso così come la vigilanza relativa alla rendicontazione dei finanziamenti prevedono per certo una «procedura amministrativa» è piuttosto evidente che la portata è larghissima. Anzi, come opportunamente messo in luce (F. VOLPE, *Il processo amministrativo sulle controversie PNRR e le sue criticità*, in www.giustiziainsieme.it, 2022) la pura connessione descritta dalla norma potrebbe far sì che il rito si applichi indipendentemente dal fatto che chi propone il giudizio ne possa avere informazione.

Oltre a questo profilo, di per sé rilevante, non si può non segnalare la significativa incidenza sulle forme della tutela giacché, (i) al netto della dimidiazione dei termini, si prevede – con compressione non usuale dei diritti di difesa – che (ii) a fronte di una domanda cautelare «il tribunale amministrativo regionale, con la medesima ordinanza, fissa la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza» (dovere non previsto nel caso di mancata proposizione della domanda cautelare); inoltre, (iii) con formula che nettamente enfatizza le esigenze della stabilità in danno alla effettività della tutela, prevede che la domanda cautelare debba essere decisa motivando «espressamente sulla compatibilità della misura e della data dell'udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR»; non di meno (iv) si prevede che, per il caso in cui la discussione del merito non venga fissata dal giudice entro la prima data di udienza successiva al già riferito termine di trenta giorni, il provvedimento cautelare sia destinato a perdere automaticamente efficacia.

4.3.1. Anzitutto, ci si intende riferire ai poteri speciali assegnati al Governo in relazione all'acquisizione di partecipazioni significative in imprese nazionali che detengano *assets* strategici ⁽⁶⁴⁾.

E' bene chiarire, prima di evidenziare il profilo che qui interessa, che si tratta di una misura emblematica degli interessi del mercato globale. Infatti, non si tratta soltanto di una misura protezionistica riguardo la nazionalità dell'azionista o la disponibilità di *assets* strategici, ma anche di una misura di confronto internazionale tra potenze economiche globali (e non Stati nazionali).

Da questo punto di vista è emblematico il risultato concreto dell'esercizio dei poteri da parte dello Stato italiano; come si evince dalla relazione al Parlamento circa l'esercizio di codesti poteri nel 2021 (l'ultima disponibile al momento), rispetto ad un totale di 496 notifiche, i poteri sono stati esercitati solo 29 volte, due vietando l'operazione, una con l'opposizione all'acquisto e le restanti consentendola ma dettando prescrizioni (spesso piuttosto contenute). Nei casi complessivi di veto, 6 su 8 hanno riguardato possibili investimenti cinesi – e, nel caso Verisem Syngenta, il Consiglio di Stato è stato assolutamente chiaro nel motivare la legittimità dell'esercizio dei poteri alla luce della vicinanza dell'investitore al Governo cinese ⁽⁶⁵⁾. Nella sostanza, si tratta di poteri che

64 Per un inquadramento complessivo, *ex multis*, A. GEMMI, *La golden power come potere amministrativo*, in *questa Rivista*, VI (2020), 384 e la dottrina *ivi* citata nonché i contributi raccolti da G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, il Mulino, 2019.

65 Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 289. In Europa ha destato preoccupazione l'acquisizione, da parte di una società cinese, della società tedesca Kuka, leader mondiale della robotica; le autorità nazionali, contrarie all'operazione in ragione di rischi per la sicurezza nazionale, non hanno potuto impedirla, come invece avevano fatto per il tentativo di acquisizione la società Axtron Technologies, impegnata nel settore dei semiconduttori (in argomento M. BERGAMI, *Imprese e sicurezza nazionale nell'era dei robot intelligenti*, in *Golden power*, Roma, Dipartimento per le Informazioni della Sicurezza della Repubblica, 2019; per l'incremento dei poteri pubblici nord americani, ci si deve riferire al potenziamento del *Committee on Foreign Investment in the United States* – *Cfius* attraverso il *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* (Firma), ed il *Critical Technology Pilot Program*, del 10 novembre 2018). Il recente allarme per i Paesi europei è collegato ad una serie di investimenti di società cinesi, ritenute supportate da una strategia governativa, nell'ambito del programma "Made in China 2025" (cfr., P. MESSA, *Oltre il Golden power. Il modello americano e il dibattito in Europa*, in *Golden power*, cit.).

sono utilizzati dai Governi soprattutto nell'ambito di una strategia globale propria dell'economia globalizzata; ovvio che le esigenze di chiarezza e prevedibilità, proprio per la natura elastica delle fattispecie cui si associano i poteri ⁽⁶⁶⁾, ne sono del tutto frustrate.

L'estensione delle fattispecie, rispetto al quadro originario di cui al d.l. 15 marzo 2012, n. 21 (riferito ai beni e rapporti rilevanti sotto il profilo della difesa, sicurezza pubblica, energia, trasporti e comunicazioni) è stata quasi parossistica (infrastrutture critiche, fisiche o virtuali, acqua, salute, media, trattamento o archiviazione di dati, infrastrutture aerospaziali, elettorali, finanziarie, terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture, tecnologie critiche, prodotti a duplice uso civile e militare, intelligenza artificiale, robotica, semiconduttori, cyber sicurezza, tecnologie aero-spaziali, stoccaggi, energia quantistica e nucleare, nanotecnologie, biotecnologie, sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, materie prime, sicurezza alimentare, accesso a informazioni sensibili, libertà e pluralismo dei media) così come l'estensione dei fattori che determinano l'obbligo di notifica e la possibile sottoposizione ai poteri (finendo per riguardare anche operazioni tra imprenditori nazionali ovvero dando rilievo anche al solo dato dell'occupazione dell'impresa *target* dell'operazione). Il risultato è quello di una disciplina estremamente elastica e di una descrizione della fattispecie generativa di potere autoritativo apertamente in contrasto con i principi dello Stato-di-diritto, come sostanzialmente osservato da ogni interprete. L'esame delle singole fattispecie oggetto di notifica, che meriterebbe un'analisi statistica accurata, conferma – pur ad un esame non completo – che il Governo ha, rispetto a situazioni straordinariamente simili, escluso l'operazione dall'ambito di applicazione ovvero deliberato il non esercizio dei poteri (che, ovviamente, assume che l'operazione rientrasse nel perime-

66 L'opportunità che le fattispecie mostrino questa natura elastica e che possano radicare atti politici o di alta amministrazione sostanzialmente insindacabili, originariamente avvertita come un grave limite della disciplina ha trovato sempre più frequentemente sostenitori influenti (si veda, ad esempio, R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 17, 2019).

tro di rilevanza), confermando l'estrema genericità della disciplina ed la conseguente imprevedibilità degli esiti.

La ragione di fondo di una palese contraddizione delle esigenze di chiarezza e prevedibilità, come quella che si determina a fronte dell'attribuzione ad un'autorità amministrativa a forte connotazione politica (il Governo) di poteri penetranti come quelli in questione, è evidentemente quella della garanzia dell'assetto del mercato globale, neoliberale, e contraddice in modo evidente la buona fede letta nella dimensione liberale classica della chiarezza e prevedibilità.

4.3.2. Sempre operando imponenti alterazioni del modello liberale, che si regge sullo Stato-di-diritto, la flessibilità delle fonti e l'imprevedibilità dei poteri pubblici domina il segmento della cyber sicurezza ed, in particolare, la fonte e la delimitazione dei poteri della Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN), istituita dal D.L. 14 giugno 2021, n. 82 e dell'organizzazione in materia di sicurezza cibernetica ⁽⁶⁷⁾.

67 L'organizzazione in questione è eminentemente dominata da autorità politiche, sicché la Autorità di vertice è la Presidenza del consiglio dei ministeri (art. 2, c. 1) (con competenze di alta direzione e la responsabilità generale delle politiche di cybersicurezza, adozione della strategia nazionale di cybersicurezza, nomina e revoca del direttore generale e del vice direttore generale dell'Agenzia; affiancati all'autorità di vertice sono il Comitato interministeriale per la cybersicurezza (CIC), «con funzioni di consulenza, proposta e vigilanza in materia di politiche di cybersicurezza» (art. 4, c. 1); l'Agenzia con funzione di ente regolatore, certificatore, nonché di vigilanza del settore della cybersicurezza – che definisce, ad esempio, i livelli minimi delle misure di sicurezza nei diversi ambiti (tra cui energia, trasporti, bancario, infrastrutture dei mercati finanziari, sanitario, fornitura e distribuzione di acqua potabile, infrastrutture digitali, comunicazioni elettroniche, cloud nazionale, pubblica amministrazione), potendo anche effettuare ispezioni e irrogare sanzioni; il Nucleo per la cybersicurezza, presso l'Agenzia, con compiti di proposta, promozione, programmazione e pianificazione operativa della «risposta a situazioni di crisi cibernetica da parte delle amministrazioni e degli operatori privati interessati e l'elaborazione delle necessarie procedure di coordinamento interministeriale, in raccordo con le pianificazioni di difesa civile e di protezione civile» - ed, in situazioni di crisi di natura cibernetica deve assicurare che le attività di reazione e stabilizzazione di competenza delle diverse amministrazioni ed enti rispetto a situazioni di crisi di natura cibernetica vengano espletate in maniera coordinata; rilevano inoltre, il Dipartimento per la Trasformazione Digitale (DTD), a supporto del Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale e del Presidente del Consiglio dei ministri, con compiti di promozione e coordinamento delle azioni del Governo; l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), che promuove l'innovazione digitale nel Paese e l'utilizzo delle tecnologie digitali nell'organizzazione della pubblica amministrazione e nel rapporto tra questa, i cittadini e le imprese.

Quel che qui interessa porre in luce è che, quanto alla sicurezza dei dati – inclusi quelli personali e, ad esempio, quelli sanitari, che sono in possesso delle amministrazioni pubbliche regionali – l'Agenzia ha, tra gli altri, il compito di fissare i livelli di sicurezza delle infrastrutture *cloud*.

Quanto ai servizi *cloud* per la pubblica amministrazione spetta all'Agenzia la competenza a fissare, con regolamento, i livelli minimi di sicurezza, capacità elaborativa, risparmio energetico e affidabilità delle infrastrutture digitali per la pubblica amministrazione, nonché le caratteristiche di qualità, di sicurezza, di *performance*, scalabilità, interoperabilità e portabilità dei servizi *cloud* per la pubblica amministrazione (cfr., art. 7, co. 1, lett. *m*), D.L. 14 giugno 2021, n. 82 e art. 33 *septies*, co. 4, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179). Questa disciplina deve essere coordinata con la normativa attuativa della Direttiva (UE) 2016/1148 (c.d. Direttiva “*Network and Information Security*” o anche solo NIS), tra cui il D.Lgs. 18 maggio 2018, n. 65 e quella istitutiva del perimetro di sicurezza nazionale cibernetica (PSNC) di cui al D.L. 21 settembre 2019, n. 105 ed i relativi decreti attuativi. Non si fatica, quindi, a cogliere come spetti all'Autorità la fissazione degli standard relativi alla sicurezza di dati personali e sanitari e che attengono a diritti fondamentali della persona.

Vengono qui in considerazione due distinti profili, entrambi rilevanti.

Il primo, non immediatamente influente sul nostro discorso, è essenziale per la comprensione del secondo. Anzitutto, l'appena rammentata normativa europea NIS (Direttiva (UE) 2016/1148) ha come direttrice quella di assicurare sicurezza e continuità agli operatori di servizi essenziali – pubblici o privati – che operano in settori critici ⁽⁶⁸⁾ ed ai fornitori di servizi digitali, in una pro-

68 Ai sensi dell'art. 4, comma 1, del D.Lgs. 18 maggio 2018, n. 65, gli operatori di servizi essenziali dovranno essere individuati dalle relative autorità competenti tra i soggetti operanti nei seguenti settori: (i) energia elettrica; (ii) petrolio; (iii) gas; (iv) trasporto aereo; (v) trasporto ferroviario; (vi) trasporto per vie d'acqua; (vii) trasporto su strada; (viii) enti del settore bancario e finanziario; (ix) soggetti operanti nel settore sanitario; (x) fornitori e distributori di acqua potabile; e (xi) operatori delle infrastrutture digitali (cfr. Allegato II al D.Lgs. 18 maggio 2018, n. 65). L'individuazione di tali soggetti dovrà avvenire secondo i criteri dettati dall'art. 4, comma 2, del D.Lgs. 18 maggio 2018, n. 65, ossia in base alla circostanza che: (i) «un soggetto fornisce un servizio

spettiva, quindi, nella quale l'oggetto della tutela è dato essenzialmente dalla continuità e sicurezza delle prestazioni di cui fruiscono le persone attraverso i servizi essenziali.

Diversamente, il D.L. 21 settembre 2019, n. 105 detta misure al fine di evitare che dal malfunzionamento o dall'interruzione dei sistemi e servizi informatici di tali soggetti possa derivare «un pregiudizio per la sicurezza nazionale» (cfr. art. 1, comma 1).

E', quindi, evidente che se l'interesse generale per come emerge dalla direttiva europea è quello della protezione della sicurezza e continuità dei servizi di cui le persone fruiscono, al contrario, la prospettiva italiana è quella della «sicurezza nazionale» e, quindi, funzionale a scopi propri dello Stato e della sua sicurezza. La prospettiva è chiaramente assai differente. Il che non è senza effetto sulla dinamica delle fonti relativa ai poteri dell'Agenzia. Infatti, l'art. 6 del D.L. 14 giugno 2021, n. 82, quanto al funzionamento dell'Agenzia rinvia ad un decreto «del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, anche in deroga all'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400». In conseguenza, il DPCM 14 aprile 2021, n. 81, un atto amministrativo espressamente in deroga all'art. 17 della l. 400/1988, ha dettato – ad esempio all'art. 7 – le disposizioni relative alle misure di sicurezza con il rinvio ad una tabella in appendice, suscettibile di essere di tempo in tempo modificata con altri semplici DPCM; la questione è chiaramente rilevante non solo quanto alla protezione di diritti fondamentali della persona, ma anche in relazione alla chiarezza e prevedibilità del processo economico; i dati in possesso dell'amministrazione pubblica, infatti, attengono ad una pluralità di diritti, economici e personali; nel mercato globale dei servizi cibernetici, non si può dimenticare la presenza del «Cloud Act» ⁽⁶⁹⁾ degli Stati Uniti, che consente alle autorità statunitensi di ac-

che è essenziale per il mantenimento di attività sociali e/o economiche fondamentali»; (ii) «la fornitura di tale servizio dipende dalla rete e dai sistemi informativi»; e (iii) «un incidente avrebbe effetti negativi rilevanti sulla fornitura di tale servizio».

69 In particolare, si tratta del *Clarifying Lawful Overseas Use of Data (CLOUD) Act*.

quisire dati informatici dagli operatori di servizi di *cloud* (*Cloud Service Provider*) sottoposti alla giurisdizione degli Stati Uniti, a prescindere dal luogo in cui i dati si trovano; ne deriva che, ad esempio, il Governo degli U.S.A. potrà accedere a dati dell'amministrazione pubblica italiana se questi si trovino nel *cloud* basato in Italia ma di proprietà di una società ultimativamente controllata da una *corporation* nord americana; anche per questo la Strategia *Cloud* Italia riteneva necessario «*determinare in modo chiaro, attraverso una procedura di classificazione, le tipologie di dati che potranno essere gestiti da un fornitore extra UE attraverso un Cloud pubblico e quali dati invece avranno bisogno di essere gestiti da un fornitore Cloud che soddisfi specifici requisiti di sicurezza per abbattere il rischio che questi dati siano accessibili anche a governi di Paesi Terzi*».

Ecco il punto, «*determinare in modo chiaro*». Chiarezza e prevedibilità impossibili se – con qualche difficoltà rispetto alla teoria delle fonti tracciata dalla Costituzione – i parametri di sicurezza siano fissati con atto amministrativo, in deroga all'art. 17 della l. 400/1988, di tempo in tempo, alla luce di una normativa il cui riferimento è la sicurezza nazionale.

4.3.3. Senza affaticare il discorso con una trattazione specifica ⁽⁷⁰⁾, proprio il rilievo nelle fattispecie di diritto (pubblico) dell'economia non può far mancare almeno la menzione della questione dei poteri impliciti, il cui rilievo rispetto al problema della buona fede intesa nella prospettiva di chiarezza e prevedibilità è così evidente da non richiedere un'ampia argomentazione.

4.4. *Buona fede in senso stretto. Il caso delle concessioni autostradali (ma non solo).*

Come s'è accennato più sopra, la stessa funzione della clausola di buona fede in senso stretto nel rapporto con l'amministrazione pubblica mostra elementi molto chiari di rovesciamento. Si tratta di una tendenza meno significativa quanto ad estensione, ma particolarmente rilevante in ordine al movimento

70 Per la quale vale la pena di rinviare al sempre attuale studio di N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001.

in atto, attraverso il quale – come anticipato fin dal titolo di questo lavoro – la buona fede non è più la buona fede.

4.4.1. Di per sé, la giurisprudenza – come sopra si è anticipato ed agevolmente evidenzia una qualunque accurata rassegna – mostra utilizzi in gran parte reiterativi, nei quali la buona fede è evocata insieme ad una serie – ritenuta analoga – di principi e regole di amministrazione. Non è facile misurare quali usi effettivi si facciano della buona fede in codesti casi, nei quali appunto la giurisprudenza si limita ad alludere ad un pulviscolo di concetti confinanti o connessi, senza precisarne gli usi. E' chiaro che si tratta di usi giurisprudenziali pericolosi, come sempre accade quanto una regola non è definita in modo chiaro. Tuttavia, allo stato, solo di pericolo potrà parlarsi.

4.4.2. Assai più evidenti sono i casi, molto significativi stante l'autorevolezza dell'espressione dell'Adunanza Plenaria ⁽⁷¹⁾ e delle Sezioni Unite ⁽⁷²⁾, dalle quali deriva una compressione della tutela della buona fede, esclusa sia ove l'affidamento sia riposto nei confronti di un provvedimento “manifestamente illegittimo” sia, con affermazione ancora più grave, quando la decisione favorevole sia stata impugnata da un terzo. Ci troviamo, concettualmente, ancora in un ambito nel quale la buona fede come pretesa nei confronti del potere è limitata o esclusa, ma non ancora pervertita.

4.4.3. Più significativo, a mio modo di vedere, è l'esempio che si può trarre dalla giurisprudenza in materia di concessioni autostradali. Per quanto la questione della natura del rapporto concessorio sia controversa – discussione nella quale non v'è ragione di entrare in questa sede, pur aderendo apertamente

71 Si allude ovviamente alle decisioni Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2021, nn. 19, 20 e 21 già citate, sulle quali comunque si può rinviare a M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit.; V. DI CAPUA, *Danno da lesione dell'affidamento incolpevole e riparto di giurisdizione: l'Adunanza plenaria aggiunge un altro capitolo alla saga*, cit.

72 Corte di Cassazione, sezioni unite, 28 aprile 2020, n. 8236, A. NICOLUSSI – F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità “pre-provvedimentale” della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 791.

alla tesi della loro natura contrattuale ⁽⁷³⁾ – basterà osservare che l'obbligo di agire secondo buona fede vale per il concedente pubblico sia nella sua attività pubblicistica che in quella negoziale, per espressa previsione di legge e, nondimeno, perché i testi delle concessioni stesse contengono usualmente (e, comunque, nel caso che qui si esamina) il richiamo espresso. La questione della natura del rapporto, quindi, è irrilevante rispetto al nostro problema.

Per inquadrare correttamente il tema converrà dire che, in materia di concessioni autostradali, il Codice dei contratti pubblici, all'art. 178, co. I, prevede che sia «vietata la proroga delle concessioni autostradali» oltre la scadenza prevista in concessione; tuttavia, l'art. 178, co. II e V dello stesso Codice dei contratti pubblici prevedono che, durante il periodo necessario all'assegnazione con gara della concessione, gli obblighi di concedente e concessionario siano regolati «sulla base delle condizioni contrattuali vigenti» e che il concessionario uscente resti «obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione fino al trasferimento della gestione». Nella sostanza, a fronte della mera circostanza – frequentissima – per la quale il concedente non abbia provveduto all'individuazione del nuovo concessionario in tempo utile, il concessionario – il cui rapporto concessorio sia scaduto senza possibilità di proroga – non potrà smettere di gestire la concessione, sulla base delle condizioni contrattuali in essere. Siccome si tratta di una ipotesi di cessazione dell'efficacia della concessione (stante il divieto di proroga) diversa dalla risoluzione per inadempimento, non potrà che trovare applicazione l'art. 176, co. V *bis* del Codice dei contratti pubblici, sicché il concessionario avrà (non solo il dovere ma anche il) «diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassando i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme per il tramite del nuovo soggetto subentrante», fatti salvi «gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei correlati costi». Infine, siccome il rapporto concessorio è, improrogabilmente, scaduto, sarà evidentemente necessario rego-

73 B. GILBERTI, *Contributo alla riflessioni sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in questa Rivista, II (2018), 111.

lare la relazione tra concedente e concessionario-scaduto-non-in-proroga e questa disciplina del rapporto non potrà che prevedere il «*diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassando i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme per il tramite del nuovo soggetto subentrante*», regolando la remunerazione degli «*eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei correlati costi*»; ecco l'emergere del rilievo della buona fede in senso stretto, giacché nessuno può dubitare che questa disciplina della relazione debba essere ragguagliata, appunto, a buona fede.

E' allora rilevante richiamare la più recente giurisprudenza ⁽⁷⁴⁾ in materia che, pur richiamando correttamente le norme e definendo altrettanto correttamente la gestione ordinaria, proprio in ragione della clausola di buona fede ⁽⁷⁵⁾, afferma che nella costruzione del piano economico e finanziario del periodo di prosecuzione post scadenza, vista la «*gestione ristretta all'ordinario (e agli investimenti strettamente necessari al mantenimento o incremento degli standard di sicurezza)*» e «*con livelli di rischio operativo inferiori a quelli della gestione piena*», il «*tasso di remunerazione del capitale investito e gli altri elementi del PEF devono essere adeguati al nuovo ruolo del concessionario scaduto*» ed, in particolare, ridotti.

La riduzione del tasso di remunerazione del capitale investito, secondo il Consiglio di Stato, è conseguenza diretta della buona fede, applicata *in malam partem* a danno del concessionario privato. Per quale ragione dall'applicazione del principio di buona fede deriverebbe questa conclusione non è affatto spiegato dalla decisione del Consiglio di Stato.

74 Consiglio di Stato, Sez. V, 10 novembre 2021, n. 7478

75 Testualmente, Consiglio di Stato, Sez. V, 10 novembre 2021, n. 7478, cit: «*In presenza di una incompleta disciplina della fase post-contrattuale, come quella che qui si esamina, nelle more del subentro del nuovo concessionario risponde alla clausola generale di buona fede, che informa la condotta tra i contraenti fino a quando permanga tra loro un rapporto, l'insorgenza di un obbligo di negoziazione tra le parti; come previsto, del resto, anche dall'art. 11.10 della convenzione per altre sopravvenienze (In presenza di un nuovo programma di investimenti ovvero di eventi straordinari, cause di forza maggiore, che determinano un'alterazione dell'equilibrio economico finanziario, la parte che intende attivare la procedura di revisione ne darà comunicazione per iscritto all'altra [...]. Le Parti dovranno trovare un accordo nei successivi 60 (sessanta) giorni)*», esprimendo così un criterio direttivo per le parti, vincolate a negoziare in vista della revisione del PEF o dell'approvazione di un piano per il riequilibrio»

Tuttavia, alcuni elementi si possono trarre dalla motivazione già riportata e, tuttavia, non convincono: la gestione sarebbe ridotta all'ordinario – ma la sentenza stessa, immediatamente dopo, ammette che andranno operati gli investimenti necessari al mantenimento o incremento degli standard di sicurezza (che, come il Consiglio di Stato non può ignorare, sono stati fortemente incrementati negli ultimi anni e, quindi, sono uguali o superiori rispetto a quanto valeva nel corso della concessione scaduta) sicché non si capisce alla luce di quale applicazione della buona fede essi debbano ricevere una minore remunerazione se la regola di legge è che la concessione prosegua *«sulla base delle condizioni contrattuali vigenti»*; vi sarebbero, poi, rischi operativi inferiori a quelli della gestione piena, il che è semplicemente inspiegabile, giacché il rischio operativo nella gestione di un tratto autostradale non attiene alla remunerazione degli investimenti e, soprattutto, non muta a seconda che il concessionario operi in vigenza o scaduta la concessione (attenendo, come ognuno intende, all'operatività della gestione autostradale). Altri elementi si possono trarre dalla giurisprudenza in materia di concessioni autostradali in generale ed, in particolare, in relazione al regime destinato a valere nella fase successiva alla scadenza originaria. Quanto specificamente all'obbligo di negoziare in buona fede, la giurisprudenza ⁽⁷⁶⁾ afferma ch'esso risiede nell'obbligo di *«intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo»*, dovendosi ricercare un'intesa sulla base di regole *«eque e accettabili alla luce dell'economia del contratto»* sicché le *«valutazioni di convenienza economica e giuridica»* non possono essere determinate unilateralmente dalla concedente ⁽⁷⁷⁾.

76 T.A.R. Campania, Napoli, 21 gennaio 2022, n. 429.

77 In termini: *«Traslando tali coordinate al caso di specie, risulta evidente che il MIT non abbia adempiuto a tale obbligo di leale collaborazione, limitandosi con la nota gravata a respingere le proposte avanzate dalla ricorrente, senza formulare controproposte che potessero far nascere la necessaria interlocuzione negoziale e limitandosi a richiamare le determinazioni adottate dal CIPE. Queste ultime, come invece statuito dal Giudice di appello, possono al più rivestire "il valore di una direttiva rivolta al MIT" quale Amministrazione concedente sulla quale incombe quindi l'obbligo di rinegoziare i termini del piano finanziario»* (T.A.R. Campania, Napoli, 21 gennaio 2022, n. 429, cit.).

Ciò che preoccupa la giurisprudenza è che *«dalla scadenza della convenzione»* prenderebbe avvio *«un rapporto nuovo o diverso, anche le condizioni economiche non potrebbero essere le stesse previste dalla concessione scaduta, essendo diversa la tipologia di investimenti e venendo meno il livello di rischio operativo a carico del concessionario»* ⁽⁷⁸⁾.

Si tratta di un *«un rapporto nuovo o diverso»* che deriva dall'inadempimento di un obbligo dell'amministrazione concedente, stante che in ragione del divieto legale di proroga, l'operatore economico che si è aggiudicato la concessione in gara ha fatto affidamento in buona fede circa la norma di legge che impedisce la prosecuzione del rapporto e, quindi, delineato un piano economico e finanziario (i cui contenuti sono l'elemento decisivo dell'aggiudicazione) destinato a compiersi con l'esaurimento del rapporto concessorio; se si applicassero le regole ordinarie, quindi, non solo la prosecuzione – di per sé vietata dalla legge – dovrebbe sottostare alle medesime regole del contratto scaduto ma, più ancora, dovrebbe apprezzare l'inadempimento dell'amministrazione concedente ed apprezzare l'estensione (doverosa per legge) dell'impegno dell'operatore economico che non può dedicarsi ad altre operazioni; tutti questi elementi sono semplicemente estranei alla valutazione della giurisprudenza che, invece, mostra evidentemente la sua preoccupazione per il fatto che un contratto che riviene dalla celebrazione di una gara pubblica prosegua oltre la scadenza fissata in gara e, ancorché ciò discenda dalla legge, trova equo – anzi, conforme a buona fede – applicare una riduzione del tasso di remunerazione del capitale investito dal concessionario. Non serve altro per capire che si tratta di un'applicazione del principio di buona fede a vantaggio del potere pubblico (qui in veste di concedente), giacché assolve al compito di dissolvere il rilievo dell'inadempimento dell'amministrazione (all'obbligo, verso il concessionario ed al dovere, verso l'ordinamento e i terzi) rispetto alla tempestiva riassegnazione della concessione con gara, curando la possibile doglianza dei terzi (e della Corte dei

78 Consiglio di Stato, Sez. V, 10 novembre 2021, n. 7478, *cit.*; in termini anche T.A.R. Campania – Napoli, 21 gennaio 2022, n. 429, *cit.*

Conti) rispetto alla mancata celebrazione della gara attraverso una depressione della remuneratività degli investimenti del concessionario uscente (che, quindi, per la parte non ammortizzata in ragione dell'esercizio della concessione, Nota a piè di pagina avranno un rilievo meno alto nella gara che, prima o poi, sarà bandita, essendo contabilizzati ad un valore deprezzato dal minore tasso di remunerazione).

Non si fatica a vedere il rovesciamento della funzione della buona fede.

5. Prosecuzione

Lo scopo di queste pagine non è quello di formulare una teoria complessiva, né di costruire sistematiche che consentano all'interprete di reagire alle tendenze in atto. Piuttosto, la funzione era quella di mettere in luce elementi significativi che possono indicare una tendenza in atto. Non serve, quindi, una conclusione ma l'invito ad una prosecuzione.

Quale che sia la lettura complessiva dell'ordinamento che il singolo interprete sostiene – e quella di chi scrive, anche rispetto a questi problemi, resta al momento quella più volte sostenuta della necessaria funzionalizzazione dei poteri pubblici al godimento dei diritti della persona, nello schema della sovranità popolare permanentemente trattenuta nei diritti fondamentali, tra i quali la pretesa all'uguaglianza e, quindi, ad una disciplina (non necessariamente ad un'organizzazione pubblica o a suoi interventi diretti in attività economiche) che l'assicuri – sembrava necessario e urgente indicare le direzioni di un evoluzione che in buona parte smentisce i fondamentali dello Stato-di-diritto e della pretesa liberale alla buona fede, prevedibilità, certezza del diritto, protezione dell'affidamento, enfatizza invece quella neoliberale alla stabilità del rapporto, alla disciplina puntuale (e derogatoria) della singola operazione economica allo scopo di mettere in sicurezza l'investimento, con il suo ovvio *costé* di riduzione della tutela giurisdizionale (agendo sia sul processo che sulle domande e poteri del giudice).

Resta da rammentare che, in questa seconda prospettiva, quella neoliberale, non solo la buona fede/stabilità si mostra in termini autoritari (restando vero, invece, che la buona fede/certezza del diritto assolve alla funzione opposta di proteggere le libertà), ma – più ancora – lo stesso dovere di solidarietà diviene evocazione della necessità di obbedire al comando dell'autorità per il benessere collettivo rispetto alla difesa del diritto individuale, che cede proprio in ragione del dovere di solidarietà ad un comando che, però, resta funzionale ad obiettivi per nulla neutrali come l'approccio neoliberale richiede (⁷⁹).

Almeno a mio modo di vedere, quindi, c'è ragione di proseguire e non di concludere.

⁷⁹ Su tutti questi profili, per tutti, G. TROPEA, *Biopolitica e diritto amministrativo del tempo pandemico*, *cit.*, passim.

SEZIONE II

PARTE PRIMA

MARIA CRISTINA CAVALLARO
Università degli studi di Palermo
mariacristina.cavallaro@unipa.it

**GESTIONE DEI MIGRANTI, EMERGENZA SANITARIA E
SICUREZZA PUBBLICA: VERSO UN 'DIRITTO
AMMINISTRATIVO DEL NEMICO'?**

**MANAGEMENT OF MIGRANTS, HEALTH EMERGENCIES AND
PUBLIC SAFETY: TOWARDS AN 'ADMINISTRATIVE LAW OF THE
ENEMY'?**

SINTESI

L'articolo si occupa di verificare se in alcune disposizioni di legge e nelle conseguenti misure amministrative, soprattutto in tema di sicurezza pubblica, siano presenti i segni di quella logica binaria che caratterizza la teoria del diritto penale del nemico elaborata da Jakobs, valutando altresì quali siano le conseguenze e quali gli eventuali rimedi da considerare di fronte a una simile possibilità.

ABSTRACT

The article aims to verify whether in some provisions of the law and in the consequent administrative measures, above all in terms of public security, there are signs of that binary logic which characterizes the theory of the criminal law of the enemy elaborated by Jakobs, also evaluating what are the consequences and what possible remedies to consider in the face of such a possibility.

PAROLE CHIAVE: sicurezza pubblica, emergenza, nemico

KEYWORDS: public safety, emergency, enemy

INDICE: 1. Il punto di partenza: la teoria del diritto penale del nemico – 2. Gestione dei migranti, tutela della salute e l'orizzonte di un diritto amministrativo del 'nemico': alcuni esempi – 3. Sicurezza pubblica, tra interesse e funzione, e teoria del 'nemico' – 4. Il 'nemico' nel diritto amministrativo – 5. Alcune considerazioni finali: la sicurezza come diritto?

1. Il punto di partenza: la teoria del diritto penale del nemico

La teoria del diritto penale del nemico deve a Günther Jakobs la sua concettualizzazione.

Non è qui possibile tracciarne una compiuta ed esaustiva rappresentazione, per la ricchezza delle sollecitazioni, anche critiche, che essa ha suscitato e perché il tema esula certamente dal più ristretto perimetro che delinea l'oggetto di questo contributo. Può essere però utile provare a offrirne, sia pure sinteticamente, una rapida descrizione, per metterne in evidenza i tratti salienti e soprattutto per cogliere quei profili che possono assumere rilevanza nella prospettiva di un 'diritto amministrativo del nemico'.

In primo luogo, può osservarsi come alla base della teorizzazione del 'nemico' si ponga, secondo Jakobs, la nozione di 'persona in Diritto' in senso kelseniano. Rispetto alla quale non è sufficiente postulare che essa sia centro di imputazione di diritti e doveri, giacché, al contrario, l'individuo, in quanto destinatario dei diritti e dei doveri che l'ordinamento dispone, deve altresì consentire in concreto "di guardare a lui come una persona in Diritto"¹. Da qui l'idea del 'nemico', la cui figura si incarna in quell'individuo che si è allontanato dal diritto, "probabilmente in modo permanente, o comunque perlomeno con una certa serietà di intenzione": gli esempi proposti riguardano il soggetto che abbia commesso crimini particolari ed esecrabili, come i reati di terrorismo internazionale, o che sia incorso in recidiva². E poiché, per Jakobs, la nozione di 'nemico' è antitetica rispetto alla 'persona in Diritto', *id est* al 'cittadino', lo stesso 'nemico' può subire un trattamento differenziato, soprattutto, con riferimento alla pena detentiva e all'istituto della custodia cautelare.

Sotto questo profilo, il filosofo tedesco sembra richiamare, sia pure in chiave radicalmente diversa, quanto già rilevava Foucault, per il quale, nel quadro della "teoria generale del contratto", si presume che il cittadino aderisca

¹ G. Jakobs, *La pena statale. Significato e finalità*, trad. it. D. Valitutti, Napoli, 2019, p. 106.

² G. Jakobs, *op. cit.*, p. 109.

volontariamente al sistema delle leggi di una società, accettando anche, “una volta per tutte”, quella stessa legge “che rischia di punirlo”. Con la conseguenza che, secondo Foucault, “il criminale appare come un essere giuridicamente paradossale: egli ha rotto il patto, dunque è *nemico* dell'intera società, e tuttavia partecipa alla punizione che subisce”³.

Proprio qui si colloca il cuore della riflessione di Jakobs. Il quale si sofferma appunto sulla sottomissione del reo alla pena e osserva che se la stessa “viene inflitta con lo scopo di mantenere la base cognitiva della vigenza della norma” e se “avviene come prestazione della persona”, potendo essere eseguita anche volontariamente attraverso la sottomissione dell'autore del reato, nel caso in cui, al contrario, il reo manifesti “un comportamento tale che esclude in futuro di poter confidare nel compimento della norma” egli può essere limitato nella sua libertà “per un periodo di tempo maggiore di quanto necessario per il fatto commesso”. In tal caso, conclude l'A., “la misura di sicurezza si rivolge a lui in quanto individuo pericoloso; pertanto egli viene in tal modo depersonalizzato giuridicamente”.⁴ Ma, precisa Jakobs, il delinquente che si allontana in modo permanente dal diritto, cioè il ‘nemico’, può subire un trattamento differenziato, in quanto viene “depersonalizzato giuridicamente”, solo ed esclusivamente con riferimento alla misura di sicurezza: “per il resto, la personalità giuridica resta inviolata”, per cui il delinquente “mantiene il suo diritto all'incolumità fisica, alla sua proprietà, e deve pagare le tasse”.

Più precisamente, il processo di ‘depersonalizzazione’, per Jakobs, consegue alla perdita di ogni “aspettativa giuridica” circa i comportamenti futuri del reo, che perdono “il carattere di realtà”, per cui “il delinquente che deve essere costretto in sicurezza può continuare a essere trattato come persona giuridica, ma i rapporti reali con lui si trasformano in rapporti con il nemico”⁵.

3 M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. A. Tarchetti, Torino, 1976, p. 98, corsivo aggiunto.

4 G. Jakobs, *op. cit.*, p. 110.

5 G. Jakobs, *op. cit.*, p. 110 - 111.

Come si è detto, l'idea di Jakobs ha sollevato un ricco dibattito dottrinale, che in sede nazionale ha evidenziato non pochi profili critici e altrettanti dubbi sulla tenuta stessa della tesi in esame all'interno della cornice costituzionale. Non a caso Ferrajoli ha parlato di "dissoluzione del diritto penale", volendo stigmatizzare i rischi di una teoria della pena che guardi all'*individuo* che commette il reato e non al *fatto* di reato⁶. Se poi si punta l'attenzione sugli stessi presupposti filosofici che fondano la teoria del diritto penale del nemico, ne viene fuori una logica binaria, che ruota intorno alla contrapposizione tra persona e non-persona, assunta come precipitato teorico del principio di efficacia dell'ordinamento giuridico, a sua volta ancorato al normativismo di Kelsen e all'identificazione tra Stato e ordinamento giuridico. Per cui, con una sintesi che, nella sua immediatezza, tende a ridurre la portata teorica della riflessione condotta dal filosofo tedesco, ma che comunque ne sottolinea il tratto più evidente, il diritto penale del nemico si fonda su una contrapposizione tra persona e non-persona, *id est* tra 'cittadino' e 'nemico', che giustifica il trattamento differenziato nei confronti di chi si è allontanato dal diritto.

Muovendo da questo presupposto, parte della dottrina penalistica ha colto nello straniero irregolare presente nel territorio dello Stato un possibile 'nemico', nei confronti del quale si è manifestata una certa attenzione del legislatore, che, soprattutto negli ultimi venti anni, si è tradotta nel sistema punitivo disegnato dal Testo Unico Immigrazione (c.d. T.U.I., adottato con d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286): il quale presenterebbe i segni di quella logica binaria di cui s'è detto, tipica, appunto, della 'teoria del nemico'⁷.

Seguendo questa linea di ragionamento, è possibile cogliere una sorta di parabola nel processo di criminalizzazione del migrante irregolare. Nel Testo unico sull'immigrazione del 1998, la fattispecie di reato riguardava solo l'ipotesi

6 L. Ferrajoli, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, 4/2006.

7 L. Maserà, *Il diritto penale "dei nemici". La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2020, 804.

di reingresso irregolare da parte dello straniero che fosse stato precedentemente espulso (art. 13, T.U.I.); a partire dal 2000 la fattispecie criminosa è stata in un certo senso anticipata all'ipotesi in cui lo straniero non ottemperasse all'ordine di allontanamento impartito dal questore (art. 14, comma 5 ter, T.U.I., il quale nella sua originaria formulazione prevedeva la pena detentiva)⁸; si è giunti poi a prevedere la condizione di clandestinità dello straniero dapprima come circostanza aggravante (art. 61 comma 11 *bis* c.p.⁹) e poi come autonoma fattispecie di reato: in particolare, l'art. 10 bis del T.U.I. prevede un'ammenda per lo straniero irregolare che fa ingresso o si trattiene nel territorio dello stato¹⁰.

Il processo di inasprimento del trattamento punitivo a carico dello straniero irregolare ha subito, poi, una battuta d'arresto, probabilmente anche a seguito della nota decisione della Corte di giustizia UE del 2011, c.d. sentenza *El Dridi*, che ha affermato l'inapplicabilità dell'art. 14 co. 5 *ter* T.U.I., nella parte in cui prevedeva la pena detentiva come conseguenza dell'inottemperanza dell'ordine di rimpatrio. Secondo la Corte, la detenzione, comminata alla presenza irregolare nel territorio dello Stato e dunque al reato di clandestinità, deve essere considerata in contrasto con il principio dell'“effetto utile” nell'applicazione della cd. *direttiva rimpatri* (dir. 2008/115/CE), la quale, appunto, nel rispetto dell'autonomia dei singoli Stati membri in merito al trattamento dello straniero irregolare, mira ad assicurare il rimpatrio dei migranti. In altri termini, la Corte di giustizia, con formula quasi tautologica, osserva come la previsione di una pena detentiva, che implica il trattenimento in carcere degli

⁸ Sul punto, poiché il legislatore prevedeva la pena della detenzione per la fattispecie appena considerata, che tuttavia era qualificata come contravvenzione, per superare le censure della Corte costituzionale (C. cost 15 luglio 2004, n. 223) il legislatore ha disposto (d.l. 14.9.2004, n. 241, conv. in l. 12.11.2004, n. 271) la contestuale trasformazione della contravvenzione in delitto e la pena detentiva fino a un massimo di quattro anni.

⁹ Previsione, questa, prima aggiunta dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito nella l. 24 luglio 2008, n. 125) e poi dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenza 5-8 luglio 2010, n. 249.

¹⁰ Si tratta di una previsione introdotta con la l. 15 luglio 2009, n. 94.

stranieri irregolari, rischi di compromettere la realizzazione “degli obiettivi perseguiti dalla direttiva e da privare così quest’ultima del suo effetto utile”, che al contrario tende a garantirne il rientro, nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità¹¹.

In risposta a tale pronuncia il legislatore è intervenuto (con la legge 2 agosto 2011, n. 129) mantenendo la qualificazione della fattispecie come delitto, ma prevedendo a carico dello straniero irregolare che non ottemperi all’ordine di rimpatrio non più la pena detentiva, ma la sola sanzione pecuniaria.

Emerge in tal modo la vera spinta motivazionale, che sta alla base delle misure introdotte nel T.U.I. per contrastare il fenomeno dell’immigrazione clandestina. Vale a dire quella di prevedere un impianto sanzionatorio dal valore prevalentemente simbolico, capace di rispondere alle istanze securitarie dell’opinione pubblica, ma senza un preciso effetto deterrente sui possibili autori delle fattispecie penalmente rilevanti, descritte nello stesso Testo unico: giacché i migranti clandestini, arrivando nel nostro territorio del tutto privi di risorse economiche, si trovano nell’impossibilità di sottomettersi al pagamento della pena pecuniaria. Ed è in tal senso che il diritto penale dell’immigrazione è stato qualificato come un esempio paradigmatico di “diritto penale simbolico”¹².

2. Gestione dei migranti, tutela della salute e l’orizzonte di un diritto amministrativo del ‘nemico’: alcuni esempi

Il valore simbolico della pena pecuniaria comminata al reato di immigrazione clandestina consente di mettere a fuoco un altro profilo legato alla gestione dei flussi migratori, che è quello della tutela della sicurezza pubblica.

Si delinea così un binomio assai ricorrente nel dibattito politico degli ultimi tempi e cioè quello sicurezza-immigrazione, nel quale, appunto, la materia

¹¹ CGUE, C-61/11, punto n. 55.

¹² L. Masera, *op. cit.*, 804.

della sicurezza pubblica incrocia la complessa e delicata funzione riconducibile alla gestione dei migranti. Qui il punto di osservazione non è più quello della repressione penale di determinate condotte, ma diviene quello della tutela di un dato interesse pubblico, riconducibile alla necessità di assicurare protezione ai beni e delle persone che fanno parte di una comunità e che si sentono minacciate da un pericolo più o meno concreto, il quale, nel binomio considerato, è individuabile nel migrante irregolare.

Senza addentrarsi oltre nella complessa struttura della funzione della sicurezza pubblica, su cui tuttavia si avrà modo di ritornare, è possibile formulare alcune esemplificazioni, per delineare meglio i contorni della questione.

La relazione tra immigrazione e sicurezza presenta da sempre una certa immediatezza, ma si consolida in una sorta di 'connessione funzionale' in quella sequenza di provvedimenti legislativi, che sin dagli inizi del nostro secolo hanno sempre preso il nome di "pacchetto sicurezza" (pur nella diversa conformazione dei governi che di volta in volta li hanno adottati) e che hanno introdotto una serie di disposizioni anche in materia di immigrazione (ritorna anche qui la legge 94 del 2009, che, come, visto ha introdotto il reato di immigrazione clandestina all'art. 10 bis T.U.I.). Sembra cioè che l'intenzione che ha mosso il legislatore sia quella di rappresentare, quasi plasticamente, come la risposta al bisogno di sicurezza da parte dell'opinione pubblica debba passare anche e soprattutto attraverso il controllo dei flussi migratori.

Negli ultimi anni, gli interventi legislativi sono stati molto significativi, sino ad arrivare al decreto legge n. 113, del 4 ottobre 2018 (poi convertito nella legge n. 132, del 1° dicembre 2018), che con l'abolizione del permesso di soggiorno per motivi umanitari (successivamente reinserito, sia pure sotto altra veste)¹³ sembra segnare una sorta di torsione dell'ordinamento, laddove si comincia ad appuntare l'attenzione non più, o non solo, sul migrante irregolare, ma

13 Art. 1 comma 1, d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, che ha introdotto una serie di ipotesi speciali per il rilascio del permesso di soggiorno.

anche nei confronti del migrante che richiede protezione. Con la conseguenza che l'inasprimento dei presupposti per ottenere il permesso di soggiorno nel territorio dello stato rischia di innescare un potenziale corto circuito, poiché si trattiene il richiedente protezione in una sorta di cono d'ombra che più facilmente può consegnarlo ad ambienti malavitosi, con un effetto opposto all'intento di sicurezza apparentemente perseguito.

Rispetto alla tendenza così delineata, la misura che insinua un profilo di discriminazione tra i cittadini e quei soggetti che abbiano acquistato in un secondo momento la cittadinanza italiana è la revoca della cittadinanza, anch'essa introdotta con il decreto sicurezza del 2018 e che presenta non pochi dubbi di legittimità costituzionale.

Si tratta, infatti, di una specifica ipotesi di revoca della cittadinanza italiana riferita solo agli stranieri che l'abbiano acquisita nei casi ammessi dalla legge, laddove gli stessi siano puniti con sentenza definitiva per specifiche ipotesi di reato¹⁴. La denunciata discriminazione si coglie nel trattamento differenziato che la norma riserva a carico dello straniero che, acquisita la cittadinanza e ritenuto responsabile per alcune e specifiche ipotesi di reato, la perderebbe; mentre invece il cittadino italiano per nascita, commettendo gli stessi reati, manterrebbe lo *status* di cittadino. Con evidente rimando a quella logica *binaria* che deriva

14 L'art. 14, 1° comma lett d) del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in l. 1° dicembre 2018, n. 132, attraverso la formulazione di un nuovo art. 10-*bis* della l. 5 febbraio 1992, n. 91, ha introdotto nel nostro ordinamento la possibilità di disporre la revoca della cittadinanza italiana acquisita ai sensi degli articoli 4, 2° comma (relativo allo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età e che abbia dichiarato di voler acquistare la cittadinanza italiana entro un anno dalla suddetta data), 5 (relativo al coniuge di un cittadino italiano che abbia soddisfatto le condizioni previste dal detto articolo) e 9 (relativo agli stranieri cui sia stata concessa, per diverse ragioni, la cittadinanza con decreto del Presidente della Repubblica) della medesima legge, in caso di «condanna definitiva per i reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4), del codice di procedura penale (delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale), nonché per i reati di cui agli articoli 270-*ter* e 270-*quinqies* 2 (che riguardano il favoreggiamento nei reati di "Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico") del codice penale»; in questo caso, «la revoca della cittadinanza è adottata, entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati di cui al primo periodo, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno».

dalla contrapposizione tra persona e non-persona, ovvero tra il cittadino e il ‘nemico’, prefigurata da Jakobs.

Sul tema della revoca della cittadinanza, la Corte di giustizia si è da tempo pronunciata, in particolare a partire dalla c.d. sentenza *Rottmann*, precisando che occorre tener conto delle possibili conseguenze che la revoca potrebbe comportare in capo all'interessato e ai suoi familiari sotto il profilo della perdita dei diritti di cui gode ogni cittadino dell'Unione; soprattutto, secondo la Corte, “è importante verificare, in particolare, se tale perdita sia giustificata in rapporto alla gravità dell'infrazione commessa dall'interessato, al tempo trascorso tra la decisione di naturalizzazione e la decisione di revoca, nonché alla possibilità per l'interessato di recuperare la propria cittadinanza di origine”, per scongiurare il rischio che alla revoca della cittadinanza consegua la condizione di apolidia¹⁵. Il principio è stato richiamato anche dalla Corte EDU, la quale pur ammettendo che la misura della revoca non sia “radicalmente incompatibile con la Convenzione”, precisa tuttavia che l'eventuale provvedimento non deve “costituire un'interferenza nel diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU), in ragione delle conseguenze che producono sulla posizione dell'interessato, e violare la Convenzione”, soprattutto se la revoca medesima si dovesse configurare come arbitraria¹⁶.

Proprio l'attenzione al principio di proporzionalità, richiamato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU, consente di evidenziare quel tratto di *simbolismo* di cui s'è detto a proposito del reato di immigrazione clandestina. La revoca della cittadinanza, infatti, potrebbe non produrre un “effetto utile”, nella misura in cui non è previsto un automatico obbligo di allonta-

15 CGUE, C-135/08, punto n. 56; la questione è stata affrontata anche dalla nostra giurisprudenza nazionale: Cass. sez. I penale, 22 giugno 2021, n. 24407, che ha cassato con rinvio sentenza di condanna per inottemperanza dell'ordine di lasciare il territorio nazionale ex art. 14, co. 5 quater, TUI, dovendosi preventivamente verificare se l'imputato versi in una condizione di apolidia, che impedisce l'allontanamento.

16 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 22 dicembre 2020, ric. n. 43936/18, *Usmanov c. Russia*

namento del soggetto, all'esito dell'accertamento della responsabilità penale; e per altro verso non è consentita l'espulsione dello straniero che, per effetto della revoca, dovesse versare in condizione di apolidia¹⁷.

Emergerebbe dunque, anche in tal caso, una logica *binaria e simbolica*.

Un'altra ipotesi, forse ancora più preoccupante perché direttamente collegata all'esercizio del potere pubblico, può essere colta con riferimento alla necessità di coordinare la gestione dei migranti, a garanzia della sicurezza pubblica e nel contesto dell'emergenza sanitaria.

A questo riguardo, è possibile riportare il caso dell'ordinanza del Presidente della Regione siciliana, dell'agosto del 2020, sullo sgombero dell'*hotspot* di Pozzallo, in provincia di Ragusa, originata, con buona probabilità, dai frequenti episodi di fuga dei migranti, che si erano verificati nei mesi estivi e che avevano generato evidente preoccupazione e allarme nella comunità locale.

In risposta alle inquietudini e alle tensioni della popolazione del luogo, il provvedimento aveva disposto lo sgombero, entro le 48 ore successive, di tutti gli *hotspot* e i Centri di accoglienza del territorio siciliano, nonché il trasferimento e la ricollocazione dei migranti presso altre strutture, non individuate, al di fuori della regione, con ulteriore divieto di ingresso, transito e sosta di ogni migrante nello stesso territorio della regione. La motivazione del provvedimento sottolinea la necessità dell'ordine di sgombero, in considerazione del «sovraccollamento delle medesime strutture ben oltre i limiti di capienza per ospitare in sicurezza sanitaria i migranti», come dimostra il «crescente numero di soggetti infetti» presso gli stessi *hotspot*, all'interno dei quali non può essere garantita «l'assenza di promiscuità tra soggetti sani e contagiati». E tuttavia, alle necessità così rappresentate si aggiunge un'ulteriore considerazione, che tradisce un atteggiamento securitario assai diffuso nelle politiche che coniugano il binomio sicurezza-immigrazione. Si legge, infatti, nell'ordinanza, che all'interno dei Cen-

17 In particolare, è l'art. 31 della Convenzione di New York sullo *status* degli apolidi, del 1954, che sancisce la non espellibilità di un apolide, se non nei casi di documentata sussistenza di motivi di sicurezza nazionale e di ordine pubblico (cfr. Cass. Sez. I, pen., n. 24407/2021, cit.).

tri di accoglienza sono del tutto assenti quelle misure idonee a “evitare il concreto rischio di fuga dei migranti contagiati” e, nell’intento di assicurare “l’incolumità e la salute di tutti i cittadini siciliani”, si ritiene di potere (e di dovere) adottare le misure contingibili e urgenti, idonee ad assicurare “l’ordine e la pubblica sicurezza quale immediato richiamo dello specifico potere di tutela della salute umana”. Ma pare evidente che lo sgombero degli *hotspot*, quale misura idonea a garantire la sicurezza pubblica, costituisca a sua volta “strumento” per la tutela della salute, non dei migranti (o, quantomeno, non tanto dei migranti), bensì dei cittadini siciliani.

Ancora una volta si manifesta una logica *binaria*, riconducibile al diverso modo di tutelare la salute dei cittadini e degli stranieri, e *simbolica*, che si manifesta in un dichiarato intento di sgomberare il Centro, per dare una risposta al bisogno di sicurezza manifestato da una certa parte dell’elettorato, senza però provvedere al luogo di destinazione degli ospiti dell’*hotspot*.

Ed è qui che si appunta l’interrogativo che dà il titolo a questo contributo: è possibile, a partire dagli esempi fatti, parlare di un ‘diritto amministrativo del nemico’?

È possibile cioè ipotizzare che la logica binaria, che caratterizza la teoria del diritto penale del nemico, si insinui tra le maglie dell’ordinamento e crei le condizioni per l’esercizio di un potere pubblico che ne esprima la portata simbolica e discriminatoria?

Innanzitutto, una premessa.

La teoria di Jakobs manifesta con buona probabilità un duplice punto di vista.

Da un lato, l’A. ne tratteggia i presupposti, argomentandone, a suo dire, la *ratio* e il fondamento; dall’altro, ne coglie i segni nell’ordinamento di diritto positivo, ad esempio con riguardo all’istituto della recidiva e delle misure di

prevenzione, giungendo persino ad ammonire il legislatore dai rischi di una commistione tra ‘cittadino’ e ‘nemico’¹⁸.

Qui invece la prospettiva è diversa: poiché, fuori da ogni considerazione circa la possibilità di fondare una teoria del ‘diritto amministrativo del nemico’, c’è semmai la preoccupazione di cogliere, nella manifestazione del potere pubblico e, soprattutto, nella legge che ne fonda l’esercizio, i segni, e dunque i rischi, di una logica del ‘nemico’.

A dire il vero, per rimanere agli esempi fatti, va anche sottolineato come il sistema abbia in un certo senso sviluppato i propri ‘anticorpi’.

In primo luogo, si è già osservato da più parti come le misure legislative adottate in tema di revoca della cittadinanza si collochino potenzialmente al di fuori della Costituzione, pur se ancora la questione non sia stata portata all’attenzione del giudice delle leggi; si aggiunga che, oltre alla già richiamata sentenza *Rottmann*, è possibile riprendere una più recente sentenza della Corte di giustizia, la quale, invero, non riguarda espressamente la normativa nazionale appena esaminata, ma contiene dei principi che possono avere una certa rilevanza nella materia considerata: nella sentenza c.d. *Tjebbes*, infatti, la Corte affida agli organi giurisdizionali il compito di verificare “se la perdita della cittadinanza dello Stato membro interessato, che comporta quella dello *status* di cittadino dell’Unione, rispetti il principio di proporzionalità con riferimento alle conseguenze che essa determina sulla situazione di ogni interessato”¹⁹.

Se si guarda, invece, alla vicenda dello sgombero dell’*hotspot* siciliano, l’evidente arretramento, se non la violazione, del principio di legalità ha con-

18 G. Jakobs, per il quale, da un lato, “integrare la pena imposta a una persona in Diritto, ad un cittadino, con la reazione nei confronti di un nemico può certamente apparire intollerabile”; e dall’altro lato, “se si mescolano il Diritto penale del cittadino e il Diritto penale del nemico, c’è il rischio che la mancanza di vincoli del Diritto penale del nemico si estenda anche al Diritto penale del cittadino”, 113.

19 CGUE, C-221/17, punto n. 48.

sentito al Tar Sicilia di pronunciarsi sull'ordinanza richiamata, sia pure in sede cautelare, sospendendone gli effetti²⁰.

Nondimeno, vale la pena di sollevare l'interrogativo, perché, se la suggestione rappresentata trovasse un riscontro, ci troveremmo di fronte a uno scenario assai preoccupante, anche in considerazione del ruolo che la legge assume in quel particolare territorio del diritto, che è il diritto amministrativo: perché qui la legge è fondamento del potere pubblico, in funzione della miglior cura dell'interesse pubblico e a garanzia dei diritti del singolo. E l'amministrazione è tenuta a compiere un delicato bilanciamento tra interessi pubblici e privati, tutti potenzialmente meritevoli di tutela, e tra esigenze altrettanto rilevanti, ma spesso contrastanti.

Così, se, a proposito della logica del 'nemico', Ferrajoli parla di "dissoluzione del diritto penale" poiché, in forza del principio di legalità, la legge deve punire l'azione e non il reo, applicando le stesse considerazioni alle categorie del diritto amministrativo, se ne potrebbe ricavare parimenti il rischio di una sua 'dissoluzione': anche per il diritto amministrativo, infatti, la forza del principio di legalità risiede nel fondare il corretto esercizio del potere, che si manifesta nel procedimento amministrativo ed funzionale alla cura dell'interesse pubblico, non in danno del destinatario del provvedimento, ma anzi a garanzia e tutela delle posizioni soggettive di tutti coloro che sono coinvolti dall'azione amministrativa.

3. Sicurezza pubblica, tra interesse e funzione, e teoria del 'nemico'

Sul punto può essere utile svolgere alcune considerazioni.

Anzitutto, l'esercizio dell'azione amministrativa implica inevitabilmente la necessità di trovare un necessario punto di equilibrio tra più interessi confliggenti, ma anche convergenti: implica cioè la necessità di operare quel doveroso

20 Tar Palermo, decreto presidenziale 27 agosto 2020, n. 842. Dunque, si potrebbe dire con Kelsen che le 'istituzioni di controllo' della democrazia riescono a garantire la tenuta del sistema, H. Kelsen, *La democrazia*, trad. it. G. Gavazzi, Bologna, 1955, p. 115.

bilanciamento tra gli stessi interessi, di cui deve farsi carico l'amministrazione che è titolare del potere.

Dentro l'organizzazione amministrativa, il comportamento umano, osservava H. Simon, è sempre il frutto di una scelta, più o meno immediata e consapevole, tra più azioni possibili: in alcuni casi "il processo della scelta si realizza per riflesso", ma assai più frequentemente "la scelta è per se stessa il prodotto di una complessa serie di attività"²¹.

Traslando il significato di queste (apparentemente) semplici osservazioni, si può osservare come a volte il bilanciamento che l'amministrazione è tenuta a compiere risulta più naturale e immediato. Il caso potrebbe essere quello in cui l'amministrazione deve rilasciare un titolo edilizio: qui l'interesse del privato alla realizzazione di una attività edificatoria e l'interesse pubblico al regolare assetto del territorio possono trovare una sostanziale composizione già all'interno del quadro normativo di riferimento (tra cui anche il piano regolatore), in una sorta di "predeterminazione normativa" dell'attività amministrativa²², che consente poi all'amministrazione procedente di trovare più agevolmente il giusto equilibrio tra gli interessi coinvolti, regolandone l'assetto.

Altre volte, tale operazione può diventare particolarmente complessa. Come nell'esempio richiamato, riguardante l'ordine di sgombero dell'*hotspot* siciliano, dove entrano in correlazione la tutela della salute e la sicurezza pubblica: in tal caso, emerge la necessità di una convergenza tra due funzioni amministrative e, dunque, del bilanciamento degli interessi rispettivamente tutelati. E poiché si tratta di interessi tra loro profondamente diversi, che presuppongono una più complessa e articolata valutazione comparativa, risulta evidente la possibilità, per non dire la certezza, del sacrificio di un interesse a vantaggio di un altro. Ed è per tali ragioni che emerge la necessità del procedimento come forma obbligata di esercizio del potere²³.

21 H. A. Simon, *Il comportamento amministrativo*, trad. it. S. Cimmino, Bologna, 1967, p. 46.

22 In argomento si veda F.G. Scoca, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. Dir. agg.*, vol. VI, Milano, 2004, 75.

In estrema sintesi, l'amministrazione, nell'esercizio delle proprie funzioni (e dunque, negli esempi fatti, in materia di immigrazione e di tutela della salute), deve trovare il giusto punto di equilibrio tra le finalità che essa deve perseguire e, tra queste, si devono considerare anche le più generali esigenze di sicurezza pubblica: in tali ipotesi, non v'è dubbio che l'operazione da compiere, alla stregua delle osservazioni svolte, possa risultare particolarmente delicata e complessa.

Più in generale, la possibilità che la sicurezza sia assunta come uno degli interessi da valutare e bilanciare nello svolgimento di altre funzioni ne sottolinea l'accezione trasversale, tale per cui la sicurezza può condizionare l'esercizio di diverse funzioni, ovvero limitare il godimento delle libertà fondamentali. E si tratta di una nozione di 'sicurezza pubblica' che assume dei tratti diversi dalla sua qualificazione più nota, che è riferibile alla 'sicurezza' come una funzione dello Stato, preordinata alla cura "di quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile"²⁴.

La dottrina ha sottolineato questa duplice essenza della nozione in esame attraverso la doppia formula semantica, della 'sicurezza in senso stretto' e 'sicurezza in senso lato': con un rimando che, a sua volta, può essere colto nella du-

23 Osserva F.G. Scoca, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in F.G. Scoca, (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino 2021, che "la procedimentalizzazione dell'azione amministrativa attraverso l'assoggettamento del concreto esercizio del potere alle norme, cogenti, di carattere generale e speciale, integrate da una serie di regole di azione e di giudizio elaborate dalla giurisprudenza, non solo ha assegnato rilevanza, rendendolo sindacabile, tutto l'esplicarsi dell'attività che porta al provvedimento considerato, ormai pacificamente, come atto finale; ma ha altresì reso predicabile la (valutazione di) legittimità anche per l'attività amministrativa globalmente o unitariamente intesa quale fattispecie giuridicamente rilevante", p. 316.

24 Corte cost. sent. n. 290 del 2001, che formula tale nozione allo scopo di evitare una "dilatazione" eccessiva della nozione di sicurezza pubblica che possa tradursi in una esclusiva competenza statale, vanificando "ogni ripartizione di compiti tra autorità statali di polizia e autonomie locali": sul complesso tema del riparto della potestà legislativa in tema di sicurezza pubblica e dunque sui compiti di polizia amministrativa regionale e locale, B. Caravita di Toritto, *Sicurezza e sicurezza nelle politiche regionali*, in *federalismi.it*, nonché G. Tropea, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010.

plice accezione di un concetto, che nel vocabolario inglese è espresso attraverso i due distinti termini di *security* e *safety*²⁵.

In altre parole, un conto è la sicurezza ‘in senso stretto’ (o *security*), o ancora ‘sicurezza in senso oggettivo’, espressione della massima forza autoritativa del potere pubblico, che tende ad assicurare l’integrità psico-fisica delle persone e dei loro beni. Diversa è la nozione di sicurezza ‘in senso lato’ (o *safety*), o ‘sicurezza in senso soggettivo’, rispetto alla quale assume rilevanza la generale e diffusa condizione di benessere di una comunità e che può essere assunta come limite al godimento di libertà fondamentali o, ancora, come un interesse da considerare nell’esercizio di altre funzioni²⁶.

Uno sguardo veloce alla Costituzione può offrire un supporto all’argomentazione svolta. Il riferimento alla sicurezza pubblica come funzione è contenuto in primo luogo nell’art. 13 Cost., laddove si fa riferimento alla possibilità che “l’autorità di pubblica sicurezza” possa adottare provvedimenti limitativi della libertà personale, di natura provvisoria, e soggetti alla duplice garanzia della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione; altrettanto si può dire con riguardo all’art. 117 Cost., comma 2, lett. *b*), secondo cui lo Stato ha potestà legislativa esclusiva in materia di “ordine pubblico e sicurezza”. Diversamente, l’art. 17 Cost. ammette la possibilità che la libertà di riunione in luogo pubblico, il cui esercizio è subordinato alla necessità di un “preavviso alle autorità”, possa subire una limitazione “per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica”; mentre l’art. 41 Cost., nel riconoscere la libertà di iniziativa economica, precisa che può essere esercitata senza recare danno “alla sicurezza”, oltre che “alla libertà e dignità umana”: per cui sono ammesse limitazioni legislative, con riferimento alla disciplina per il rilascio di provvedimenti di autorizzazione allo svolgimento di un’attività economica, finalizzate a consentire

25 In tal senso, B. Caravita di Toritto, *Sicurezza e sicurezze nelle politiche regionali*, cit.; la distinzione è ripresa da G. Tropea, *Sicurezza e sussidiarietà*, cit., in part. p. 107 ss. Sulla distinzione tra *security* e *safety*, R. Ursi, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, p. 2.

26 T.F. Giupponi, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2010, p. 12.

un bilanciamento tra i diversi interessi pubblici coinvolti, tra cui anche quello della sicurezza²⁷.

Va detto che, in effetti, la medesima circostanza può essere colta anche con riferimento ad altre funzioni amministrative. Così ad esempio, anche la tutela della salute assume le caratteristiche della funzione amministrativa, che in tal caso è una tipica forma di espressione della c.d. amministrazione di prestazione, *id est* l'erogazione del servizio sanitario. Ma può fungere altresì da interesse che condiziona lo svolgimento di altre funzioni, come nel caso del procedimento finalizzato al rilascio di un provvedimento di autorizzazione per l'esercizio di attività industriali; ovvero come limite al godimento di libertà fondamentali: si pensi all'art. 16 Cost., dove proprio le ragioni della tutela della salute e della sicurezza sono unitariamente considerate, in una formula che limita la libertà di circolazione e soggiorno alle ipotesi stabilite dalla legge e riconducibili a "motivi di sanità o di sicurezza".

Ritornando adesso agli esempi prima riportati, riferibili, come detto, all'ampia nozione della 'sicurezza in senso lato', occorre esaminare le vicende in esame sotto la lente di un possibile 'diritto amministrativo del nemico': e ne viene fuori che il bilanciamento degli interessi può assumere delle connotazioni fuorvianti, con il rischio che la prospettiva cambi radicalmente. In altre parole, la misura della revoca della cittadinanza può essere disposta nei confronti di chi, divenuto cittadino, sia incorso in particolari reati ed è finalizzata ad assicurare la sicurezza dei cittadini, ma manifesta un evidente pregiudizio nei confronti di coloro che la subiscono, che potrebbero ritrovarsi in condizioni di apolidia; alla stessa maniera, lo sgombero dell'*hotspot* di Pozzallo è stato ordinato per garantire "la salute pubblica di tutti i cittadini siciliani", ma a discapito degli ospiti dello stesso *hotspot*, ai quali non è stata assegnata una sede diversa.

Ciò vuol dire che, se si sovraccarica di simbolismo l'interesse alla pubblica sicurezza, si rischia di piegare le medesime funzioni amministrative a logiche

²⁷ In argomento si veda ancora T.F. Giupponi, p. 61.

del tutto estranee alle finalità di pubblico interesse che esse perseguono e si potrebbero aprire spazi per forme di discriminazione, che condurrebbero alla 'dissoluzione' del diritto amministrativo nel caso in cui l'azione amministrativa, piuttosto che guardare all'interesse pubblico in generale, mirasse a garantire determinate posizioni di singoli cittadini, pregiudicandone altre.

E qui si appunta un'ulteriore considerazione.

La possibilità che l'esercizio del pubblico potere incida negativamente sulle situazioni soggettive dei destinatari dell'azione amministrativa rappresenta una eventualità quasi fisiologica, rispetto alla quale l'ordinamento appresta adeguati strumenti di tutela.

È evidente, cioè, che il provvedimento di espropriazione implichi un sacrificio per il proprietario, come altrettanto il diniego di un permesso di costruire. Si tratta però di atti funzionali alla cura di un interesse pubblico, che possono recare nocumento ai destinatari, ma che per ciò stesso sono assistiti dalla garanzia dei principi costituzionali che conformano l'azione amministrativa, tra cui il principio di legalità, che trova piena realizzazione nell'esercizio procedimentalizzato del potere, e il principio di giustiziabilità degli atti della pubblica autorità. Ciò significa che il potere è in funzione dell'interesse pubblico e il suo esercizio può compromettere o pregiudicare alcune situazioni soggettive.

Al contrario, la logica del 'nemico', applicata all'esercizio del potere pubblico, conduce a superare la valutazione di un interesse pubblico riferibile a un'intera comunità, per introdurre forme di distinzione, se non di discriminazione, che alterano e snaturano l'essenza del potere, piegandolo al perseguimento di fini particolari. L'approccio è rovesciato. Non c'è una valutazione sull'interesse che la funzione amministrativa deve perseguire, bilanciata con le esigenze di sicurezza. Ma l'azione amministrativa rischia di divenire funzionale a garantire 'il bisogno di sicurezza' dei singoli e di essere piegata al soddisfacimento di tale bisogno.

A questo punto, però, la riflessione non riguarda più solo le funzioni amministrative riconducibili alla 'sicurezza in senso lato', quali, appunto, la tutela della salute o la gestione dei migranti, dove la sicurezza pubblica assume i contorni di un interesse da bilanciare con altri. Ma più specificamente acquista rilevanza la stessa funzione di pubblica sicurezza e, dunque, la 'sicurezza in senso stretto': appare cioè necessario allargare lo sguardo e aprire il ragionamento a una riflessione sull'interesse che tale funzione tende a realizzare e sulle corrispondenti posizioni soggettive dei singoli, per valutare con più attenzione i rischi di una logica del 'nemico' applicata al diritto amministrativo.

In tal senso, viene in rilievo la funzione di pubblica sicurezza, tradizionalmente assegnata allo Stato, che come in parte anticipato risponde alla necessità di assicurare protezione alla persona e ai suoi beni, dai danni che possono essere cagionati da altri²⁸.

Una prima considerazione attiene al rapporto tra 'sicurezza pubblica' e 'ordine pubblico'.

Nell'ordinamento pre-costituzionale, l'art. 2 del T.U. di pubblica sicurezza del 1931 assegnava al Prefetto il potere di adottare "i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica", al ricorrere di presupposti piuttosto vaghi e incerti, quali i casi "di urgenza o per grave necessità pubblica"²⁹.

La Costituzione, al concetto di ordine pubblico, che probabilmente appariva troppo legato alla costruzione autoritaria dell'epoca fascista, ha preferito la nozione di 'sicurezza' o 'incolumità pubblica', rispetto alla quale l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale ne ha arricchito il significato. In particola-

28 Cfr. R. Ursi, *op. cit.*, che lega tale nozione al concetto di *security*; mentre il termine *safety* rimanda alla necessità di protezione da eventuali danni non desiderabili, prodotti da eventi o atti non intenzionali, e dunque abbraccia un'idea di sicurezza in senso lato, p. 2.

29 La norma, volutamente ampia, visto il tempo in cui è stata formulata, è stata oggetto di censura da parte della Corte costituzionale, 27 maggio 1961, n. 26, che ne ha dichiarato l'illegittimità "nei limiti in cui essa attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico".

re, la Corte ha avuto occasione di chiarire che la “sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale”; e dunque la condizione di sicurezza, per il giudice delle leggi, rappresenta una legittima aspirazione verso l’“ordinato vivere civile”, “che é indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico”.

Si tratta di una definizione che recupera la radice etimologica del termine sicurezza (dal latino, *sine cura*, ossia *senza preoccupazione*³⁰) e a partire dalla quale la dottrina ha qualificato la sicurezza come uno “stato psicologico” della collettività, che trasferisce il proprio bisogno di sicurezza sulle persone e sui propri beni³¹.

Ed è probabilmente in questa accezione più propriamente soggettiva, che la sicurezza si contrappone alla nozione di “ordine pubblico”: nel senso che, quest’ultimo, depurato dalle incrostazioni simboliche e totalitarie del ventennio, può essere interpretato come un ‘ordine legale’, si potrebbe dire in senso oggettivo.

Anche in tal caso, si tratta di una lettura che trova conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale: l’ordine pubblico deve essere inteso come un “ordine legale su cui poggia la convivenza sociale”³², secondo una interpre-

30 Cfr. P. Ciarlo, *Sicurezza e Stato di diritto*, in V. Baldini (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, p. 23.

31 A. Pace, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Riv. Aic.*, 1/2015. Così rappresentata, l’idea in fondo non si allontana troppo da quanto teorizzato da Hobbes, che coglieva nella ‘difidenza’ una delle cause principali di contesa, che spinge l’uomo ad aggredire per acquistare maggiore ‘sicurezza’ per sé e i propri beni (e dunque poi ad accettare l’autorità dello Stato per sottrarsi allo stato di natura): T. Hobbes, *Leviatano*, trad. it. T. Magri, Roma, 1976, p. 72, per il quale le altre due condizioni sono la competizione e la gloria, che trascinano l’uomo in “quella condizione che è detta guerra; e che tale guerra è di tutti contro tutti”, p. 73.

32 Corte cost. sent. n. 100 del 1966; sul punto cfr. G. Corso, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, Torino, 1995, Aggiornamento 2011, che sottolinea la necessità di una dimensione materiale e concreta della nozione di ordine pubblico, che scaturisce dal bilanciamento di interessi, poiché “il bilanciamento comporta un giudizio concreto: un giudizio che investe l’adeguatezza e la proporzionalità della misura normativamente prevista come restrittiva della libertà civile rispetto all’interesse o al valore che si mira a tutelare”.

tazione che evoca quell' "ordine sociale" immaginato da Hauriou, per cui l'ordine non è da intendersi come comando, ma come organizzazione³³.

Sul piano del diritto positivo, un'esplicita definizione normativa della nozione di ordine pubblico si rinviene nell'art. 159 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, secondo cui l'ordine pubblico deve essere "inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale". Va infine ricordato che, nel disegno del legislatore costituzionale che nel 2001 ha riformulato il titolo V della nostra Costituzione, le due funzioni esprimono nuovamente una correlazione, laddove, come già osservato, la nuova versione dell'art. 117, comma 2, *lett. h*), assegna alla potestà legislativa dello Stato la competenza esclusiva in materia di "ordine pubblico e sicurezza".

In sintesi, al di là delle dibattute nozioni di sicurezza e ordine pubblico, le quali, probabilmente, non esprimono concetti differenti, ma sono "due facce della stessa medaglia"³⁴, ciò che rileva osservare è la necessaria funzionalizzazione delle attività ad esse riconducibili verso la realizzazione di un dato interesse pubblico. E soprattutto, e ancora di più, emerge la necessità della proceduralizzazione della funzione di sicurezza pubblica in senso stretto, che consenta l'adeguato bilanciamento degli interessi coinvolti³⁵. Con la conseguenza che, anche ad accogliere una più esplicita qualificazione della funzione di pubblica sicurezza come rispondente alla necessità di soddisfare le istanze e i bisogni soggettivi di sicurezza di una data comunità, ciò non dovrebbe tradursi nel-

33 M. Hauriou, *La teoria dell'istituzione e della fondazione. (Saggio di vitalismo sociale)*, a cura di A. Salvatore, Macerata, 2019, secondo cui "tutto il segreto dell'ordine costituzionale sta nella creazione di istituzioni viventi. [...] Le istituzioni costituzionali limitano il potere, si bilanciano le une con le altre ed evolvono secondo i bisogni", p. 65.

34 A. Pace, il quale precisa appunto sicurezza e ordine pubblico sono i due lati della stessa medaglia perché: "nei regimi autoritari la sicurezza pubblica è la sicurezza "ipostatizzata" dello Stato-persona, negli ordinamenti democratici è la sicurezza "ipostatizzata" dello Stato-comunità. In altre parole, negli ordinamenti democratici (*rectius*, negli ordinamenti di democrazia liberale) la sicurezza pubblica in tanto esiste purché l'ordine materiale sia mantenuto".

35 Sulla rilevanza della procedura nell'esercizio della funzione di sicurezza pubblica, cfr. M. Bellavista, *Libertà vs sicurezza?*, in S. Benvenuti, P. Di Fonzo, N. Gallo, T. F. Giupponi, (a cura di), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana*, Milano, 2013, p. 15.

la possibilità di ammettere una sorta di 'diritto' alla sicurezza pubblica, che possa giustificare un intervento autoritativo dell'amministrazione³⁶.

E tuttavia, nel corso degli ultimi anni, proprio con riguardo alla funzione di pubblica sicurezza si è registrata una progressiva sequenza di interventi normativi, che ne ha dilatato i contorni, senza però adeguatamente considerare il fine di pubblico interesse concretamente perseguito: con l'evidente rischio di introdurre nuove ipotesi di esercizio del potere, le quali nel perseguire logiche particolari e mancando di una coerente funzionalizzazione alla cura di un dato interesse pubblico, rischiano di (o finiscono con) individuare nuovi 'nemici'.

L'ipotesi, stavolta, può essere colta nella previsione del c.d. daspo urbano. Già l'art. 9 della legge 18 aprile 2017, n. 48, ha previsto un elenco di specifiche aree urbane rispetto alle quali, al fine di tutelarne il decoro, può essere disposto un provvedimento di allontanamento e il conseguente divieto di accesso, a carico di quei soggetti che realizzino determinate condotte (quali lo stato di ubriachezza, il compimento di atti contrari alla pubblica decenza, l'esercizio di commercio abusivo di spazi pubblici e l'attività di parcheggiatore abusivo). Il successivo d. l. n. 113 del 2018 ha ampliato l'elenco delle predette aree urbane, ammettendo che la misura dell'allontanamento possa essere disposta anche nei confronti degli autori delle richiamate condotte, laddove le stesse siano realizzate in prossimità di "presidi sanitari".

La Corte costituzionale ha salvato la legittimità della disposizione in esame, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata che consenta al personale medico del presidio sanitario di assicurare l'accesso alla struttura sanitaria, senza che ciò escluda "la sanzionabilità, in via amministrativa, delle eventuali condotte che la persona, pur bisognosa di cure mediche, abbia posto

36 In tal senso, ancora A. Pace, *op. cit.*; nonché M. Bellavista, *op. cit.*; di diverso avviso, G. Cerri-Feroni, G. Morbidelli, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, 33, i quali sostengono l'esistenza di un diritto alla sicurezza e, argomentando a partire dalle dichiarazioni dei diritti del Settecento, sino all'art. 5 della CEDU, che espressamente lo prevede, giungono ad affermare che "il diritto alla sicurezza non può non essere considerato un valore forte del costituzionalismo", 33. Sulla questione si avrà modo di ritornare.

in essere in violazione delle disposizioni richiamate”³⁷. Ciò non toglie che la scelta di limitare l’accesso alla struttura sanitaria nei confronti di chi potrebbe avere necessità di cure mediche, come ad esempio coloro che si trovino in stato di ubriachezza, implichi a sua volta l’idea che l’esigenza di preservare il decoro urbano e, allo stesso tempo, di assecondare il bisogno di sicurezza di una comunità possa prevalere sul diritto alla salute degli autori di condotte ritenute moleste, secondo un modello che evoca la contrapposizione più volte richiamata tra cittadino e ‘nemico’.

4. Il ‘nemico’ nel diritto amministrativo

La disciplina in tema di ‘daspo urbano’ offre la possibilità di definire in modo più marcato il perimetro del ragionamento svolto.

Ancora una volta, il problema, o il rischio, di un ‘diritto amministrativo del nemico’ non riguarda più (o non riguarda solo) l’eventualità di una funzione amministrativa che debba essere bilanciata da esigenze di pubblica sicurezza, poiché tale eventualità, come s’è detto, è assai frequente nel quadro dei poteri e delle funzioni affidate alla pubblica amministrazione ed è, in un certo senso, ammessa dalla stessa Costituzione.

La questione, invece, assume un peso diverso di fronte alla progressiva espansione delle misure di pubblica sicurezza, che ne accentua il carattere simbolico, con il rischio però di smarrirne la *ratio* o, ipotesi forse peggiore, di deviarne la finalità. Viene, cioè, da chiedersi quanto sia coerente, rispetto al fine che una funzione di pubblica sicurezza deve assicurare, inibire (o immaginare di inibire) l’accesso a un presidio sanitario a una persona che può avere bisogno di cure mediche, perché si trova in stato di ubriachezza.

Detto diversamente, il pericolo evidente di un ‘diritto amministrativo del nemico’ è proprio questo: che le istanze securitarie che si agitano intorno alle esigenze di garanzia della sicurezza pubblica possano spingere il legislatore, e

³⁷ Corte cost. 20 giugno 2019, n. 195.

quindi anche l'amministrazione, verso una diversa considerazione degli strumenti di cura dell'interesse pubblico da apprestare in ragione dei soggetti coinvolti, 'cittadini' o 'stranieri', 'amici' o 'nemici'. Nel senso che, il provvedimento può essere adottato, non perché maggiormente corrispondente all'interesse pubblico da realizzare e all'esito di una valutazione comparativa tra tutti gli interessi coinvolti; ma, al contrario, la misura può essere disposta nei confronti di un determinato soggetto, che abbia determinati requisiti (tra i quali, ad esempio, lo stato di ubriachezza), senza la necessità di una adeguata considerazione dell'interesse da realizzare e senza la necessità di un'adeguata valutazione in ordine alla proporzionalità tra il sacrificio imposto con la misura medesima (allontanamento e inibizione all'accesso in determinate aree) e il perseguimento dell'interesse pubblico (preservare il decoro urbano delle predette aree).

Ciò vuol dire che, nella prospettiva considerata, il 'nemico' può divenire chiunque, purché diverso da sé, in un significato che si allontana dall'idea del 'nemico' di Jakobs e abbraccia la visione schmittiana della distinzione amico/nemico, per cui:

“non v'è bisogno che il nemico politico sia moralmente cattivo, o esteticamente brutto; egli non deve necessariamente presentarsi come concorrente economico. Egli è semplicemente l'altro, lo straniero e basta alla sua essenza che egli sia esistenzialmente qualcosa d'altro e di straniero, ammettendosi la possibilità di conflitti che non possano venir decisi né attraverso un sistema di norme prestabilite, né mediante l'intervento di un terzo disimpegnato e perciò imparziale”⁵⁸.

In altri termini, per quanto si possa dissentire dalla 'teoria del diritto penale del nemico' e dalla conseguente logica del 'nemico', questi, per Jakobs, assume una connotazione precisa, in quanto si incarna in colui il quale si sia allontanato dal diritto, perché ha commesso specifiche ipotesi di reato, ovvero ha reiterato alcune condotte criminose, assumendo cioè un comportamento tale

38 C. Schmitt, *Il concetto di 'politico'*, in *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio - P. Schiera, Bologna, 1972, p. 109.

da non generare alcuna aspettativa o affidamento circa le sue azioni future, che lo terrebbero sempre 'lontano' dal diritto.

Diversamente il 'nemico' di Schmitt è semplicemente l'altro, l'estraneo: non colui che vive lontano dal diritto, ma più banalmente colui che non è parte di una comunità.

Il che manifesta una deriva assai preoccupante, nel senso che, da un lato, rispetto al diritto amministrativo, la nozione di 'nemico' ruota (o potrebbe ruotare) intorno al concetto di cittadinanza, secondo un modello che tuttavia presuppone un vizio di fondo: vale a dire l'idea della cittadinanza come presupposto per il godimento e la tutela dei diritti costituzionalmente protetti. Per altro verso, come s'è visto nell'esempio sul c.d. daspo urbano, l'individuazione del 'nemico', del diverso, può prescindere anche dalla titolarità della cittadinanza e condurre verso un ulteriore ampliamento della stessa nozione di 'nemico', nella quale questi è tale non perché sia estraneo a una comunità, ma perché si colloca al di fuori dell'*idem sentire* di quella comunità, non condividendone i tratti o i comportamenti esteriori: come nel caso dell'ubriaco, che può essere colpito da una misura di allontanamento da determinate aree urbane perché il suo comportamento, nella misura in cui può alterare il decoro di quella specifica area cittadina, esprime un evidente stridore rispetto alle condotte comunemente accettate.

I due profili appena richiamati meritano una riflessione ulteriore.

Riguardo alla prima delle ipotesi di cui s'è detto, nella quale cioè il 'nemico' è lo straniero, ossia il non-cittadino, essa, come s'è avuto modo di osservare, presuppone che il godimento dei diritti fondamentali postuli la titolarità della cittadinanza.

Naturalmente, non si tratta qui di guardare al concetto di cittadinanza in senso sostanziale³⁹, che ci allontanerebbe dal punto di osservazione prescelto,

39 Sul concetto di cittadinanza in senso sostanziale, che in estrema sintesi si può dire che oscilla tra la dimensione aristotelica e dunque partecipativa (pur se elitaria) e la sua reinterpretazione in una logica più moderna (e per certi versi più individualista), cfr. D. Zolo, *Cittadinanza storia di*

dovendo invece rimanere ancorati a una prospettiva meramente formale, che guarda alla nozione giuridica di cittadinanza: ma in tal senso il problema, oggi, può dirsi superato.

Come osservato dalla dottrina, infatti, la stessa idea di un godimento dei diritti fondamentali subordinato alla titolarità della cittadinanza è figlia di un pensiero giuridico a sua volta legato a una precisa idea del rapporto tra società e Stato: quella per cui “il riconoscimento e la tutela dei propri diritti deve partire da una sorta di rigenerazione alla quale i medesimi diritti sottostanno transitando attraverso l'insieme sociale e quindi lo Stato”⁴⁰. Sul piano del diritto positivo, l'idea così rappresentata era stata in un primo momento ancorata allo stesso lessico usato dal costituente, laddove la prima parte della nostra Carta costituzionale è espressamente dedicata ai *Diritti e doveri dei cittadini*.

Già da tempo, tuttavia, questa lettura è stata superata dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale: in un primo momento si è provato ad ampliare il catalogo dei diritti (prescindendo cioè dall'essere o meno cittadino) attraverso una elencazione analitica delle disposizioni costituzionali e dei relativi arresti giurisprudenziali; ma l'argomento dirimente è stato poi colto nell'art. 2 Cost., che già a partire dagli anni Ottanta del secolo passato è stato interpretato come una “formula aperta”. Da qui la progressiva espansione dei diritti inviolabili, il cui contenuto e significato ha finito per sovrapporsi e coincidere con quello dei diritti fondamentali⁴¹. Altrettanto significativo è il contenuto dell'art. 14 della CEDU che, già a far data dagli anni Cinquanta, vieta ogni forma di discriminazione nel godimento dei diritti fondamentali basata sulla cittadinanza politica. La cittadinanza cioè non esprime più un presupposto segno di appartenenza ad una comunità, che giustifica il godimento dei diritti, ma, al contrario, segna il limite di intervento dello Stato nei confronti della persona⁴².

un concetto teorico-politico, in *Fil. Pol.*, 2000, 4.

40 G. Berti, *Cittadinanza, Cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, 3.

41 A. Pace, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2010.

42 G. Berti, p. 11.

Il problema, semmai, si potrebbe porre per lo più con riferimento ai diritti sociali, il cui godimento presuppone lo svolgimento di una attività di prestazione da parte dello Stato. Non a caso, al riguardo, si parla di cittadinanza ‘sociale’, che copre un ambito più esteso rispetto a quello che sarebbe il raggio di azione dei diritti politici, proprio perché guarda alla persona: in altri termini, “la cittadinanza tende a esprimere sempre più la riconoscibilità dell’identità personale attraverso la sfera dei diritti fondamentali”, che trovano riconoscimento nella Costituzione⁴³. Così, alla fine degli anni Novanta, l’art. 2 del T.U. sull’immigrazione dispone che «allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

All’interno della cornice così tratteggiata, ci si misura, da un lato, con l’evoluzione del pensiero giuridico, che accoglie una nozione ampia ed elastica di cittadinanza, dall’altro, e per conseguenza, con il dato di diritto positivo, che riconosce i diritti della persona, la cui titolarità prescinde dall’essere cittadino in senso formale: in una parola, non vi sarebbero più i presupposti teorici e giuridici che potrebbero consentire di ancorare la tutela dei diritti fondamentali alla condizione di cittadino.

Eppure, non si può fare a meno di sottolineare come l’evoluzione sommariamente descritta non abbia impedito il consolidarsi di una percezione dello straniero, e soprattutto dello straniero irregolare, del clandestino, come ‘nemico’. Anzi, il processo di trasfigurazione è stato semplificato dal fatto che il migrante presenta dei tratti distintivi che lo connotano fisicamente ed è dunque immediatamente percepibile come ‘altro’⁴⁴.

43 G. Berti, p. 12.

44 In evidente contrasto anche con la modernità del pensiero filosofico, che già con Kant giunge ad affermare che “ospitalità significa il diritto che uno straniero ha di non essere trattato come un *nemico* a causa del suo arrivo sulla terra di un altro”, I. Kant, *Per la pace perpetua*, trad. it. R. Bordiga, Milano, 2013, 65, corsivo aggiunto. Il quale, naturalmente, sottolinea come “è lo spirito del commercio, che non può convivere con la guerra” e definisce “la potenza del dena-

Per altro verso, e qui il ragionamento abbraccia la seconda ipotesi prima considerata, la nozione di ‘nemico’ può dilatarsi ulteriormente e non riguardare più soltanto lo straniero: affiora cioè l’effetto strisciante della cultura del ‘nemico’ in senso schmittiano, vale a dire il rischio di un progressivo allargamento della stessa nozione di ‘nemico’.

In fondo, la possibilità di cominciare a cogliere nelle disposizioni di legge vigenti o nei provvedimenti amministrativi adottati le tracce di un ‘diritto amministrativo del nemico’ potrebbe anche essere il segno pericoloso di una più ampia tendenza espansiva della nozione del ‘nemico’ e della logica binaria ad esso sottesa. D’altra parte la misura dell’allontanamento da alcune aree urbane, pur se isolata, pare tuttavia confermare la preoccupazione espressa, in quanto si tratta di una misura riferibile a chiunque si trovi in stato di ubriachezza e sol perché si trovi in tale stato, al di là del paese di origine e dunque cittadino o no che sia.

5. Alcune considerazioni finali: la sicurezza come diritto?

Giunti al termine del ragionamento condotto è opportuno trarre alcune osservazioni, che in realtà non possono offrire soluzioni al problema rappresentato, ma sollevano a loro volta ulteriori dubbi e interrogativi.

Gli esempi che si sono presi in considerazione, sul piano della legislazione del diritto positivo (e dunque la disciplina in materia di revoca della cittadinanza e in materia di c.d. daspo urbano), rivelano un atteggiamento del legislatore, forse non ancora qualificabile come un orientamento univoco, che tende a fondare l’esercizio di un potere pubblico, funzionale alla cura di un interesse generale, e che tuttavia manifesta alcuni tratti di quella logica *binaria* e *simbolica* tipica della teoria del ‘nemico’.

ro” come la più sicura tra tutte le forze e i mezzi “subordinate al potere dello Stato”: in questa prospettiva “allora gli Stati (certo nient’affatto spinti dalla moralità) si vedono costretti a lavorare in favore della nobile pace”, 78.

Probabilmente siamo ancora lontani da una qualificazione di tali esempi come sintomo di una vera e propria tendenza legislativa, che autorizzerebbe l'amministrazione all'esercizio di un potere con evidenti segni di un trattamento discriminatorio e si collocherebbe pertanto al di fuori della cornice costituzionale: anche se già qualche anno fa Rodotà aveva posto l'attenzione su una legislazione che negli ultimi quindici anni è stata "fatta più per dividere che per unire, più per rifiutare che per accettare" e dove "l'«altro» è comparso ... sempre meno con i tratti del legame sociale e sempre più con l'immagine dell'inaccettabile diverso, del soggetto pericoloso, della persona da respingere"⁴⁵. E proprio per questo, non si può trascurare il fatto che, nel tempo in cui ci troviamo, la logica del 'nemico' si potrebbe alimentare anche della condizione di emergenza sanitaria, che dura già da due anni e si rivela idonea a fondare e giustificare interventi *extra ordinem* e per ciò stesso derogatori rispetto all'ordinamento vigente.

Il meccanismo è abbastanza standardizzato in una sorta di artificio retorico, che muove appunto da un contesto emergenziale, nel quale vi è una rappresentazione estremizzata di un pericolo, a sua volta soggettivizzato e personificato, per renderlo più facilmente riconoscibile dalla collettività e alimentare la paura, in modo da preconstituire la premessa che giustifichi l'intervento *extra ordinem* e dunque la deroga o quantomeno la forte compressione dei principi di garanzia. È sufficiente riprendere la vicenda richiamata in apertura, cioè quella dell'ordinanza di sgombero dell'*hotspot* di Pozzallo, per sottolineare come questi ingredienti ci siano tutti: c'è il contesto emergenziale, la pandemia; c'è la rappresentazione di un pericolo, il contagio; c'è la possibilità di personificare il pericolo, il migrante, che però, nel caso di specie, viene in considerazione quasi come un 'untore' manzoniano, non tanto (o non solo) come straniero. Ci sono cioè le premesse che giustificano l'intervento *extra ordinem*.

45 S. Rodotà, *Diritti e libertà nella storia d'Italia*, Donzelli editore, Roma, 2011, 150.

In tal senso, è forse superfluo sottolineare come l'emergenza pandemica abbia già esposto tutti noi a evidenti compressioni delle libertà personali, sia pure, almeno sino a ora, entro i limiti dello stato di diritto. Ma ha altresì amplificato le paure e le inquietudini, individuali e collettive, con evidenti istanze di sicurezza pubblica, esponendo a ulteriori fragilità i soggetti già vulnerabili. E ancora una volta e ancora di più, lo straniero migrante è, da un lato, un soggetto sicuramente vulnerabile, ma, per altro verso, egli percepito anche come un soggetto pericoloso.

Occorre poi considerare le crisi precedenti che hanno investito il paese, quali la minaccia del terrorismo internazionale o la crisi finanziaria, per rimanere agli ultimi vent'anni. In più occasioni e in più ambiti gli interventi legislativi si sono collocati sull'onda di un'emergenza di volta in volta differente, approntando soluzioni temporanee (si pensi alla soluzione di crisi ambientali, a quelle bancarie, passando attraverso il regime delle grandi opere⁴⁶), legate a una visione contingente, quasi per definizione priva stabilità e inadatta ad assicurare un assetto duraturo, ma che in un certo senso provavano a dare una risposta alle paure di volta in volta generate dalle crisi che si sono succedute negli anni. Al contempo, il clima di paura fatalmente accelera quel processo di identificazione del 'nemico' in chiunque (sia esso migrante, malato o semplicemente estraneo) possa minare quella precaria condizione di sicurezza nella quale ciascuno, legittimamente, tende a trovare sollievo.

In altre parole, se si prova ad allargare lo sguardo, e dalla situazione particolare nella quale ci troviamo si passa a una considerazione di carattere generale, che investe buona parte delle misure normative adottate negli ultimi anni e in settori diversificati, ci si avvede del fatto che la condizione di emergenza e di straordinarietà ha giustificato una pluralità di interventi e si è rinnovata nel cor-

46 Sul punto, L.R. Perfetti, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021, p. 31, per il quale il tempo in cui viviamo è segnato da una profonda crisi della democrazia "sia in senso rappresentativo, sia come complessivo processo di partecipazione popolare", p. 15.

so del tempo. Sembra allora evidente che, pur non volendo cedere alla tentazione di qualificare la situazione attuale come minata da un potenziale regime di 'stato di eccezione', ci troviamo in un tempo di emergenza 'strutturale', nel quale cioè l'intervento straordinario assume i connotati della normalità.

Il che ci espone a una contraddizione.

Perché da un lato, ancora con più forza, si ritiene necessario affermare che, anche in un contesto emergenziale, il compito del legislatore prima e dell'amministrazione di conseguenza rimane quello tipico, e cioè individuare l'interesse da perseguire e gli strumenti da utilizzare per garantirne la miglior cura, a tutela delle posizioni soggettive dei singoli: evitando, in particolare e per quanto qui interessa, di piegare le politiche di sicurezza pubblica al tentativo di dare risposta ai bisogni individuali e collettivi di protezione, che sono il prodotto delle paure e delle ansie generate dalla pandemia, come da altri contesti emergenziali. Al tempo stesso, si manifesta evidente la fragilità e la precarietà del nostro stato di diritto, il cui equilibrio si regge sulla necessità che l'esercizio del potere pubblico trovi fondamento nella legge e negli atti aventi forza e valore di legge. Ma, le leggi (e gli atti equiparati) sono ormai troppo spesso il prodotto di una circostanza straordinaria, che genera incertezza e paura, e per questo si invoca l'intervento autoritativo del potere: alimentando così una misura di sicurezza pubblica che simbolicamente possa appagare i timori e le ansie della collettività.

Una sorta di "circolo vizioso della sicurezza", per dirla con Sofsky, al quale non si sottrae neppure la democrazia: giacché "l'ordine è indispensabile per contenere la violenza, però è anche vero il contrario, e cioè che la violenza è necessaria per conservare l'ordine"⁴⁷.

Le questioni che si aggregano intorno alle riflessioni proposte sono diverse ed è forse impossibile riuscire a prospettarle tutte e ad affrontarle con ordine, anche perché ognuna di esse rimanda a ulteriori divagazioni.

47 W. Sofsky, *Rischio e sicurezza*, trad. it. U. Gandini, Einaudi editore, Torino, 2005, 84.

Giova però sottolinearne almeno due, per provare a trarre le conclusioni del ragionamento svolto.

La prima è legata ancora una volta ai rischi di una teoria del ‘nemico’ nel diritto amministrativo, mentre la seconda è funzionale a scongiurare l’illusione di una sua facile soluzione.

Quanto ai rischi, s’è già detto come la teoria del ‘nemico’ incorpori una cultura della discriminazione che è estranea al principio di legalità e produce inevitabili contraddizioni nell’esercizio del pubblico potere. Qui occorre sottolineare come il meccanismo in precedenza rappresentato, *id est* la perenne produzione di una legislazione emergenziale, nella misura in cui invoca l’intervento autoritativo del potere per soddisfare il bisogno di protezione della collettività e allontanare la paura del ‘nemico’, produce un processo di personificazione del potere pubblico. È il potere esercitato da un organo politico-amministrativo, spesso monocratico, che si fonda su incerte disposizioni normative e gode di ampia discrezionalità, ma che tradisce la funzione stessa del principio di legalità e può anche minare l’accesso alla tutela giurisdizionale (anche in ragione della temporaneità della misura amministrativa adottata), con un possibile pregiudizio degli equilibri democratici⁴⁸.

La soluzione, però, e qui si appunta la seconda delle questioni su cui soffermare l’attenzione, non può tradursi nella possibilità di qualificare la sicurezza come ‘diritto’, nell’illusione che la funzionalizzazione del potere di pubblica sicurezza alla garanzia di un corrispondente diritto possa assicurare l’esercizio

48 L. R. Perfetti, il quale descrive il fenomeno come “un meccanismo molto potente” e sottolinea appunto il passaggio del regime di eccezione che “concentra il potere reale in un organo monocratico (che possa disporre dell’amministrazione esecutiva) a discapito delle garanzie e degli equilibri istituzionali e giurisdizionali”, 122. In senso analogo, M. Bellavista, *Libertà vs sicurezza?*, cit., il quale osserva che nel nostro ordinamento “il diritto amministrativo del trattamento” ossia legato all’intervento autoritativo del soggetto agente, deve essere relegato a ipotesi marginali ed eccezionali; viceversa, il nostro ordinamento costituzionale oppone “alla soggettività del diritto amministrativo del trattamento” “l’oggettività del diritto amministrativo per procedure”, p. 24.

del potere medesimo dentro il perimetro del principio di legalità e delle garanzie costituzionali dello stato di diritto.

Se, infatti, è vero che le torsioni e le contraddizioni che si è provato a raffigurare in merito allo svolgimento di alcune funzioni amministrative muovono verosimilmente dall'idea di dover assicurare protezione e sicurezza alle persone e ai loro beni, quasi nella prospettiva di dover garantire un 'diritto alla sicurezza', occorre tuttavia sottolineare come la qualificazione della sicurezza come 'diritto' non consente quella visione generale, che si fa carico della adeguata ponderazione degli altri interessi coinvolti nello svolgimento della funzione. Senza contare che la qualificazione di una data situazione soggettiva in termini di diritto postula necessariamente l'individuazione dei destinatari e delle garanzie, oltre che della relativa misura. "I diritti hanno necessariamente una dimensione istituzionale che non può essere scissa dal senso di giustizia espresso dalla società"⁴⁹: ma se così è non pare condivisibile il senso di giustizia che emerge da una società nella quale la sicurezza debba essere intesa come diritto.

In altre parole, l'esercizio dei poteri di 'sicurezza in senso stretto', come le attività connesse alla 'sicurezza in senso lato' non possono essere preordinate alla garanzia di un 'diritto' dei singoli, perché da qui potrebbe originarsi quel corto circuito che genera e alimenta la cultura del 'nemico': laddove, cioè, la misura di pubblica sicurezza dovesse rispondere a un bisogno di protezione, inteso come diritto, c'è il rischio che la stessa misura possa essere rivolta contro un potenziale 'nemico', che viene considerato come una minaccia per il godimento del diritto medesimo. Alimentando così quel "circolo vizioso", che dalla rappresentazione del pericolo (e dunque del 'nemico'), giunge a giustificare e invocare l'intervento emergenziale *extra ordinem*. Ciò non vuol dire che la sicurezza, o meglio il bisogno di sicurezza, non rilevi come uno "stato psicologico" della collettività e pertanto non debba essere presa in considerazione dall'ordinamento.

49 R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018

In una diversa prospettiva, che la dottrina non ha mancato di prendere in considerazione⁵⁰, non è necessario (o addirittura potrebbe essere dannoso) qualificare la sicurezza come un diritto: semmai, la condizione di sicurezza dovrebbe essere intesa come un presupposto necessario per l'effettivo godimento dei diritti, il cui fondamento può rinvenirsi nell'art. 2 Cost.⁵¹.

In tal modo, la garanzia dei diritti inviolabili, che richiede l'adempimento dei doveri inderogabili, postula la necessità di una generale e percepita condizione di sicurezza che consenta l'effettivo e pieno svolgimento della personalità umana all'interno delle formazioni sociali. E la funzione di pubblica sicurezza, come tutte le attività dell'amministrazione che (in quanto preordinate all'erogazione di servizi) consentono il godimento dei diritti fondamentali, deve essere preordinata alla garanzia di tale condizione, ovvero con essa bilanciata, alla stregua di tutti i diritti e gli interessi che possono essere coinvolti dall'azione dei pubblici poteri. In altri termini, la migliore garanzia nel godimento dei diritti non si traduce nella necessità di qualificare anche la sicurezza come diritto, che anzi tale qualificazione potrebbe generare le contraddizioni della 'teoria del nemico'; bensì, nel bilanciamento doveroso che l'amministrazione deve compiere tra i diversi interessi coinvolti nell'esercizio del potere e che trova sede e accoglimento nella garanzia del procedimento⁵².

50 Tra cui anche G. Cerrina Feroni – G. Morbidelli, 32, i quali tuttavia ammettono anche la possibilità di configurare e fondare l'esistenza di un diritto alla sicurezza pubblica (cfr. retro, nota 35).

51 Per una attenta e originale ricostruzione dell'art. 2 Cost. M. Monteduro, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2020, 543, anche per l'ampia bibliografia riportata.

52 Rivive l'intensità del pensiero di V. Crisafulli, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962: "la vera garanzia dei diritti non si esaurisce nel principio di legalità della pubblica amministrazione ..., ma richiede che per di più tra la legge e l'atto applicativo, tra la norma e il provvedimento, sussistano un margine, uno stacco, tali da consentire quei rimedi, in sede amministrativa e in sede giurisdizionale, che non sarebbero possibili nei confronti della legge ...", 135.

GUIDO CORSO

Professore emerito di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi Roma Tre

guido.corso@uniroma3.it

UN “NEMICO” DA COMBATTERE CON MISURE AMMINISTRATIVE?

AN 'ENEMY' TO FIGHT WITH ADMINISTRATIVE MEASURES?

SINTESI

Il contributo trae spunto dal saggio di Maria Cristina Cavallaro, *Gestione dei migranti, emergenza sanitaria e sicurezza pubblica: verso un 'diritto amministrativo del nemico'?* e giunge a osservare che il mix diritto penale – diritto amministrativo, processo penale e procedimento amministrativo, ha sempre caratterizzato l'ordinamento italiano: l'obiettivo della sicurezza è stato sempre perseguito con tutte e due specie di misure, sottolineando come la misura di prevenzione comporta obblighi e limitazioni per il prevenuto.

ABSTRACT

The contribution takes its starting point from Maria Cristina Cavallaro's essay, *Migrant management, health emergency and public safety: towards an 'administrative law of the enemy'?* and comes to observe that the mix of criminal law - administrative law, criminal trial and administrative procedure, has always characterised the Italian legal system: the objective of security has always been pursued with both kinds of measures, emphasising how the preventive measure entails obligations and limitations for the defendant.

PAROLE CHIAVE: Nemico, pubblica amministrazione, sicurezza pubblica

KEYWORDS: Enemy, public administration, public security

Un penalista e filosofo del diritto tedesco, Günther Jakobs ha prospettato la distinzione fra il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico.

Il cittadino che commette un crimine viene punito ad una pena alla quale egli può anche volontariamente sottomettersi. Il colpevole in questo modo rende una prestazione che ripara il torto, restaurando con lo Stato una relazione giuridica. Siamo nell'ambito di quello che Kant chiama la costituzione secondo il diritto, in cui vige uno stato di pace che viene istituito (dalle leggi) e si distingue dallo stato di natura, che è uno stato di guerra: ed è tale anche se non c'è lo scoppio delle ostilità, ma piuttosto la costante minaccia di esse (I KANT, *Per la pace perpetua*, II Sez., in *Fondazione della metafisica dei costumi e altri scritti*, 2019, p. 399).

Lo stato di guerra, inteso in questo senso (di guerra anche solo potenziale), vige, secondo Jakobs, nei confronti di alcune categorie di criminali (reati sessuali, ladri, terroristi, spacciatori, mafiosi, camorristi etc.) che si presumono vocati alla reiterazione del reato, recidivi presunti: sicché nei loro confronti c'è l'esigenza di mettersi al sicuro, come si fa con un animale selvaggio (G. JACOBS, *La pena statale*, Ed. Sc. Napoli 2019, p. 108).

È soprattutto in questi casi che si avverte l'esigenza della prevenzione: prevenzione contro le persone, contro il rischio dei loro comportamenti futuri, al quale si fa fronte per es., con la carcerazione preventiva o con la previsione di pene sproporzionate o comunque con misure che presuppongono non l'accertamento di un fatto, ma semplicemente la pericolosità della persona.

Contro questo tipo di crimini viene ingaggiata una "lotta" (lotta alla mafia, lotta al terrorismo etc.), con un linguaggio che appunto evoca un nemico nei confronti del quale non è più applicabile il diritto. Come non applicabile nello stato di natura di Hobbes, di Spinoza o dello stesso Kant, quest'ultimo nella descrizione del rapporto fra gli Stati).

Quel che Jakobs teme è che, mescolando il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico, quest'ultimo faccia venir meno i vincoli che legano il diritto penale del cittadino (op. cit., p. 113).

Una preoccupazione del tutto giustificata.

Non è giustificato, invece, a mio avviso, il coro di critiche che in Italia sono state mosse a Jakobs: come se egli avesse formulato una proposta (il diritto penale del nemico) anziché denunciare un fenomeno che appare sempre più evidente quanto più si enfatizza l'esigenza della sicurezza.

Altri hanno invece preso sul serio il grado di allarme di Jakobs. L'Associazione italiana dei professori di diritto penale ha dedicato il suo VII convegno annuale al "diritto penale dei nemici. Verso un nuovo diritto penale dell'autore?" (Siracusa 25-26 otto. 2019).

Il programma del convegno evoca, sia pure con un interrogativo, lo schema del "tipo d'autore" (Tätertyp) della dottrina penalistica nazionalsocialistica. Dietro le fattispecie del furto, del falso, dello sfruttamento di prostitute, ci sono le figure del ladro, del falsario, dello sfruttatore: perché la pena venga a loro applicata, non è necessaria la formale realizzazione del fatto previsto dalla norma, è sufficiente che appaia il tipo normativo di autore corrispondente.

Nel corso di quel convegno furono tenute relazioni sulla normativa anti-terrorismo, sulla "lotta" alla criminalità organizzata, sugli stupefacenti nel diritto penale, sui reati sessuali, sul contrasto alla corruzione. Sono esattamente le forme criminali indicate da Jakobs (op. cit., p. 108) come quelle proprie dei "nemici". Ad esse chi organizzò il convegno ne aggiunse una che lo studioso tedesco non aveva previsto: l'immigrato irregolare, alla cui disciplina fu dedicata una delle relazioni.

Il tema (Il diritto penale "dei nemici". La disciplina in materia di immigrazione irregolare in Riv. it. Dir. Proc. pen. 2020, fasc. 2) è stato trattato dal prof. Luca Maserà. Lo straniero irregolare – egli scrive – è l'ultimo arrivato dei "nemici" verso cui è stata rivolta l'attenzione del sistema punitivo, posto che il massiccio ricorso alla sanzione penale nei suoi confronti è un fenomeno del nuovo millennio.

Caratteristica costante del sistema di contrasto all'immigrazione irregolare è stata quella di affiancare alla sanzione penale in senso stretto una serie di

altri strumenti coercitivi di natura amministrativa (tra cui un ruolo centrale riveste il trattamento dei migranti in attesa di rimpatrio nei centri oggi denominati Centri di permanenza per il rimpatrio, CPR). Al punto che è stato coniato un neologismo – la *crimmigration*.

La breve storia della criminalizzazione del migrante irregolare si può dividere, secondo Masera, in tre fasi. La prima, dal 2007 al 2011, è la fase in cui la criminalizzazione assume il suo aspetto più duro, con il ricorso massiccio all'uso della pena detentiva e l'introduzione della circostanza aggravante e del reato di clandestinità; la seconda, dal 2011 al 2017, è aperta da una fondamentale decisione della Corte di giustizia UE del 2011 (El Dridi) che ha imposto una totale riarticolazione del sistema repressivo, in cui la pena detentiva ha lasciato il posto, nella grande maggioranza delle ipotesi, alla pena pecuniaria; la terza dal 2017 a oggi, è la fase in cui il “clandestino” ha lasciato il posto nelle paure dell'opinione pubblica alla figura del richiedente protezione che sbarca sulle nostre coste in provenienza dalla sponda meridionale del Mediterraneo, e i destinatari della risposta penale non sono più tanto gli stranieri irregolari, quanto piuttosto i membri della ONG che operano i soccorsi in mare.

Quando Masera scriveva (sono suoi i passi che precedono), non era ancora intervenuto il recente decreto-legge n. 1/2023: che, accanto ad una serie di nuovi obblighi, impone alle navi della ONG che hanno effettuato un salvataggio in mare di raggiungere “senza ritardo” il porto assegnato dall'autorità italiana (art. 1 lett. d), con la previsione, in caso di violazione, di una sanzione pecuniaria che va da diecimila a 50 mila euro e può arrivare al fermo amministrativo della nave.

L'obbligo di raggiungere il porto assegnato “senza ritardo” implica, come è stato chiarito anche con dichiarazioni ufficiali, il divieto di effettuare nuovi salvataggi che si rendessero necessari lungo la rotta o nelle vicinanze: pone il comandante della nave nell'alternativa tra la violazione della legge italiana e la violazione dell'art. 11 della convenzione di Montego Bay (UNCLOS

1982), che impone a ogni capitano di nave di “prestare assistenza a qualunque persona, anche nemica, trovata in mare in pericolo di vita”.

La ricognizione delle misure amministrative di contrasto all’immigrazione irregolare, a complemento di quelle penali esaminate da Masera, è stata fatta da Maria Cristina Cavallaro nel saggio su “Gestione dei migranti, emergenza sanitaria e sicurezza pubblica: verso un diritto “amministrativo” del nemico?”

Partendo dallo schema di Jakobs, l’A. esamina la normativa italiana anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (El Dridi, Rottmann), prende in considerazione alcuni casi di giurisprudenza amministrativa, dà uno “sguardo veloce” (come lei stessa si esprime) al quadro costituzionale e propone alla fine una riflessione sul concetto di sicurezza e sulla sua ambivalenza.

“Neppure la democrazia – scrive la Cavallaro citando W. Sofskt (Rischio e sicurezza, Einaudi 2005, p. 84) – si sottrae al circolo vizioso della sicurezza. L’ordine è indispensabile per contenere la violenza, però è vero anche il contrario, e cioè che la violenza è necessaria per conservare l’ordine”.

Si potrebbe aggiungere che il mix diritto penale – diritto amministrativo, processo penale e procedimento amministrativo, ha sempre caratterizzato l’ordinamento italiano: l’obiettivo della sicurezza è stato sempre perseguito con tutte e due specie di misure. Basti guardare all’ampia tipologia di “persone sospette, liberati dal carcere, malati di mente, intossicati, mendicanti contemplati dai t.u. di pubblica sicurezza (l’ultimo è quello del 1931).

Anche se la Corte Costituzionale ha annullato alcune di queste disposizioni, perché imponendo l’obbligo di soggiorno o il divieto di soggiorno incidono sulla libertà personale, tutelata dall’art. 13 Cost. con la riserva di giurisdizione, le cose non sono molto cambiate. È vero che le misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità” (è il titolo della L. 1428/1956, oggi confluita con alcune modifiche nel codice antimafia (d.lgs.vo n. 159/2011) sono oggi in buona parte inflitte dal giudice: ma ciò avviene sulla base di labili indizi, insufficienti a giustificare l’avvio di

un'azione penale, indizi dietro i quali c'è la certezza che le persone del genere hanno commesso delitti o ne commetteranno.

Lo schema è sempre lo stesso. Sia che venga applicata dall'autorità amministrativa (foglio di via obbligatorio, avviso orale) sia che venga inflitta dall'autorità giudiziaria (obbligo di soggiorno, divieto di soggiorno) la misura di prevenzione comporta obblighi e limitazioni per il prevenuto, la violazione dei quali costituisce reato: una sorta di spirale criminogena in cui la misura di polizia (tale è, nella sostanza, anche la misura applicata dalla Sezione del tribunale per le misure di prevenzione) avvia un percorso al termine del quale c'è spesso il delitto (la violazione della misura).

Jakobs ha illustrato uno schema la cui applicazione tende sempre più a dilatarsi, ed ha profonde radici nella cultura giuridica, non solo italiana.

È merito di Maria Cristina Cavallaro averne saggiato l'applicazione nell'ambito della legislazione amministrativa.

ANTONIO BARONE

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Catania
antonio.barone@unict.it

SUL “PUPULISMO AMMINISTRATIVO” ON “ADMINISTRATIVE PUPULISM”

SINTESI

L'analisi del saggio di Maria Cristina Cavallaro consente di sviluppare alcune considerazioni critiche su una tematica solo apparentemente autonoma, che concerne il rapporto tra “populismo penale” e attività amministrativa. Tale rapporto documenta l'emergere sempre più evidente di un “populismo amministrativo” le cui caratteristiche si ricollegano proprio alla lucida riflessione sul diritto amministrativo “del nemico”, che assume anche per tale profilo una valenza generale.

ABSTRACT

The analysis of Maria Cristina Cavallaro's essay makes it possible to develop some critical considerations on an only apparently autonomous topic, which concerns the relationship between 'penal populism' and administrative activity. This relationship documents the increasingly evident emergence of an 'administrative populism' whose characteristics are linked precisely to the lucid reflection on the administrative law 'of the enemy', which also takes on a general significance in this respect.

PAROLE CHIAVE: Diritto, nemico, immigrazione, sicurezza pubblica, emergenza
KEYWORDS: Law, enemy, immigration, public safety, emergency

Il saggio di Maria Cristina Cavallaro sollecita diversi spunti di riflessione ed approfondimento. In particolare, la lettura di questo interessante contributo mi consente di sviluppare alcune considerazioni critiche su una tematica solo apparentemente autonoma, che concerne il rapporto tra “populismo penale” e

attività amministrativa¹. Tale rapporto documenta l'emergere sempre più evidente di un "populismo amministrativo" le cui caratteristiche si ricollegano proprio alla riflessione di Maria Cristina Cavallaro sul diritto amministrativo "del nemico", che assume anche per tale profilo una valenza generale.

La dottrina penalistica ha lucidamente evidenziato il trend del c.d. "populismo penale", inteso come politica che punta ad assecondare ed alimentare le paure collettive quali fonte di consenso in favore di misure penali di particolare rigore in materia di sicurezza², specie in contesti emergenziali (invero, ormai sempre più ordinari)³.

Come è stato notato, tuttavia, nel caso della recente riforma del reato di abuso d'ufficio il legislatore "populista" non ha mostrato il volto "feroce" della legge c.d. spazzacorrotti ma, invece, ha assunto le più miti sembianze del D.L. semplificazioni. E così, in questa occasione, il contrasto ai fenomeni corruttivi ed alle inefficienze nella PA non è passato attraverso l'inasprimento delle pene previste per i reati contro la PA ma si è sviluppato attraverso la cura dell'insicurezza dei pubblici uffici, della c.d. "paura della firma"⁴.

Il c.d. "populismo penale" mostra in tal guisa un volto inconsueto, che si salda in modo (apparentemente) originale al tema della semplificazione amministrativa⁵. Questa saldatura, invero, conferma l'esistenza di un legame poco vi-

1 Ho avuto occasione di presentare queste prime riflessioni in occasione del recente convegno organizzato dall'Università di Bari sul tema Abuso d'ufficio e diritto alla buona amministrazione, Bari, 31 gennaio 2023.

2 Cfr. N. PISANI, *La riforma dell'abuso d'ufficio nell'era della semplificazione*, in *Dir. Pen e Proc.*, n. 1/2021, p. 9 ss.

3 Sul punto si rinvia a L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessioni sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021.

4 Sulla riforma della disciplina del reato di abuso d'ufficio, per la dottrina amministrativistica cfr. S. PERONGINI, *L'abuso d'ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2020.

5 Inoltre, la saldatura tra "populismo penale" e semplificazione amministrativa non resta priva di contraddizioni. Il riferimento principale va alle sempre più rilevanti deroghe emergenziali al Codice degli appalti, destinate alla definitiva stabilizzazione nel nuovo Codice, volte a favorire la ripresa dell'economia nazionale attraverso (tra l'altro) la possibilità di affidamenti diretti di lavori fino a 150.000 euro. Nel recente Piano Nazionale Anticorruzione 2023, l'ANAC ha puntato l'attenzione proprio su queste deroghe emergenziali, che diventano oggetto di apposite misure di prevenzione della corruzione (Autorità Nazionale Anticorruzione, *Piano Nazionale Anti-*

sibile, quasi carsico, tra “populismo penale” e attività amministrativa, un legame che incide direttamente sulla buona amministrazione.

Già nel 2018 Sabino Cassese evidenziava l'effetto di “spiazzamento” sul fronte amministrativo dell'azione di alcune procure della repubblica, che grazie al circuito intercettazioni – misure cautelari – diffusione mediatica, riuscivano ad incidere concretamente sulle scelte amministrative: “i decisori di ultima istanza nelle sedi più importanti riguardanti problemi sociali, ambientali, di sviluppo urbanistico diventano le procure, in luogo degli organi rappresentativi e degli uffici burocratici”⁶.

Il tema non è certamente nuovo ed è sufficiente richiamare, al riguardo, il fecondo dibattito dottrinario sui presupposti giuridici dell'emanazione delle interdittive antimafia⁷. Il fenomeno in esame, tuttavia, non è circoscrivibile al solo tema delle misure straordinarie di contrasto al fenomeno mafioso, ma, al contrario, assume dimensioni più ampie.

Basti pensare, ad esempio, alla concreta applicazione dell'art. 80, 5° comma, lett. C), del decreto legislativo n. 50/2016, che rimette alla valutazione discrezionale di ciascuna stazione appaltante, caso per caso, la possibilità di esclusione dell'operatore economico dalla gara pubblica “per gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”⁸. Tale valutazione discrezionale, tuttavia, non può essere fondata esclusivamente sul rinvio a giudi-

corruzione 2022, approvato con delibera n. 7 del 17 gennaio 2023, p. 76-92 del documento, www.anticorruzione.it). Emergono così le contraddizioni del populismo: da un lato semplificazione degli affidamenti di contratti pubblici e dall'altro (necessario) appesantimento delle misure organizzative di prevenzione della corruzione.

⁶ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2018, p. 71 ss.

⁷ Su questi aspetti, nell'ambito di una vasta letteratura, cfr. F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta anticipata alla criminalità organizzata*, www.giustamm.it.

⁸ In argomento, di recente, cfr. D. CAPOTORTO, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni amministrative in tema di integrità morale degli operatori economici per illeciti in corso di accertamento: la tripartizione dei poteri in “corto circuito” tra discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, p. 568 ss.; v. altresì G. FIDONE, *I gravi illeciti professionali come motivo di esclusione dalle gare pubbliche: l'affidabilità e l'integrità dell'impresa quali concetti giuridici indeterminati*, in *Dir. Amm.*, 2022, p. 779 ss.

zio dell'operatore economico⁹, che, come noto, salvo casi eccezionali, prima della riforma Cartabia diventava un passaggio quasi obbligato per il GUP¹⁰. Parimenti, non appaiono legittime le scelte discrezionali di tipo espulsivo adottate dalle stazioni appaltanti sulla base della sola esistenza di indagini penali in corso, senza un'adeguata e necessaria valutazione del caso concreto attraverso un adeguato apparato motivazionale a supporto della medesima scelta espulsiva¹¹. Ciò si badi, a fronte della chiara previsione dell'art. 80, 1° comma, del D.Lgs. n. 50/2016, in ordine alla automatica esclusione dalla gara degli operatori economici attinti da sentenza penale definitiva di condanna per alcune tipologie di reati.

Sempre in via esemplificativa può pensarsi ai protocolli di legalità che vengono sottoscritti (tra l'altro) nell'ambito della realizzazione delle infrastrutture strategiche per il Paese, che in taluni casi prevedono la risoluzione automatica del contratto pubblico nel caso di rinvio a giudizio del soggetto apicale e/o dei soggetti dotati di poteri direzionali/operativi nell'impresa appaltatrice. In questo caso, la giurisprudenza amministrativa ha posto un argine al tentativo di estendere l'efficacia risolutiva automatica del rinvio a giudizio alla fase di parte-

9 Secondo Consiglio di Stato, sez. III, 11/8/2021, n. 5852, «*Il rinvio a giudizio per fatti di grave rilevanza penale, al pari della adozione di un'ordinanza di custodia cautelare a carico dell'amministratore della società concorrente ad una gara, ancorché non espressamente contemplato quale causa di esclusione dalle norme che regolano la aggiudicazione degli appalti pubblici, può astrattamente incidere sulla moralità professionale dell'impresa con conseguente legittimità di un provvedimento di esclusione che previa adeguata motivazione ne abbia vagliato l'incidenza negativa sulla moralità professionale*».

10 Sul punto, *ex multis*, cfr. G. BATTARINO, E. MACCORA, *Il giudice dell'udienza preliminare nella riforma*, <http://www.questionegiustizia.it>.

11 Secondo T.A.R. Firenze, sez. III, 28/09/2020, n.1117: «*La pendenza di indagini penali a carico dei direttori tecnici della ditta offerente, in ordine al reato di concorso in turbativa d'asta finalizzato alla "spartizione" dei lotti di una commessa pubblica, costituisce un potenziale elemento di rottura del rapporto fiduciario tra operatore economico e amministrazione aggiudicatrice, come tale esso forma oggetto di un corrispondente obbligo dichiarativo ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016; tale norma contiene un'elencazione meramente esemplificativa, talché il compimento di gravi illeciti professionali può essere desunto da qualsiasi vicenda pregressa nella quale il concorrente sia stato coinvolto, secondo l'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, sempre che si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità e affidabilità dell'operatore economico rispetto ai quali sia configurabile un obbligo dichiarativo*».

cipazione alla gara, negando l'operatività dell'automatismo espulsivo durante lo svolgimento della procedura di evidenza pubblica¹².

La stessa possibilità di commissariamento delle imprese aggiudicatrici sulla base del circuito decisionale ANAC-Prefetto, anche in relazione ad un singolo appalto, nel caso di procedimenti penali in corso o comunque di “fatti gravi accertati” al di fuori delle garanzie del processo penale, costituisce conferma della copertura legislativa di scelte amministrative fondate sul dato penale comunque provvisorio (art. 32 del decreto legge n. 90/2014).

In buona sostanza, ben prima dell'accertamento rigoroso delle responsabilità penali il legislatore tende a legittimare, più o meno consapevolmente, scelte amministrative non di rado arbitrarie in quanto non sorrette da un necessario e rigoroso apparato motivazionale, idonee a determinare la prematura scomparsa dal mercato di alcuni operatori economici.

Più in generale, dagli esempi proposti emerge l'esistenza di un “populismo amministrativo”, che si affianca al c.d. “populismo penale” e che va inteso come tendenza ad adottare, o comunque ad assecondare e legittimare, scelte amministrative fondate su responsabilità penali del tutto incerte (indagini penali in corso o di procedimenti penali ancora in fase di svolgimento), talora anche oggetto di clamore mediatico.

Questo “populismo amministrativo” è una possibile declinazione del diritto amministrativo “del nemico” magistralmente delineato da Maria Cristina Cavallaro, sulla scia del lavoro di Gunther Jacobs sul “diritto penale del nemico”¹³.

Nella prospettiva qui delineata, il nemico non è il soggetto condannato in via definitiva per crimini particolari ed esecrabili, la “non persona”¹⁴, ma è in-

¹² TAR Catania, sez. II, n. 1751/2022.

¹³ G. JAKOBS, *La pena statale. Significato e finalità*, trad. it. D. Valitutti, Napoli, 2019.

¹⁴ Come evidenzia M.C. CAVALLARO, riprendendo l'opera di Jacobs, la figura del nemico «*si incarna in quell'individuo che si è allontanato dal diritto, “probabilmente in modo permanente, o comunque perlomeno con una certa serietà di intenzione”*»: gli esempi proposti riguardano il soggetto che abbia commesso crimini particolari ed esecrabili, come i reati di terrorismo internazionale, o che sia incorso in recidiva. E poiché, per

vece l'operatore economico coinvolto in indagini o rinviato a giudizio, espulso dal mercato delle commesse pubbliche senza il necessario accertamento delle responsabilità penali. Nella prospettiva del "populismo amministrativo" il nemico può davvero diventare chiunque, in evidente violazione dei più elementari principi dello Stato di diritto e con gravi ricadute anche sul fronte della libertà di concorrenza¹⁵.

Maria Cristina Cavallaro esprime una posizione fortemente critica di fronte alla possibilità di «ipotizzare che la logica binaria, che caratterizza la teoria del diritto penale del nemico, si insinui tra le maglie dell'ordinamento e crei le condizioni per l'esercizio di un potere pubblico che ne esprima la portata simbolica e discriminatoria».

Solo un impegno corale della dottrina e della giurisprudenza può contribuire a fermare i rischi connessi all'espandersi delle logiche del "populismo amministrativo" e, quindi, del diritto amministrativo "del nemico". Il saggio di Maria Cristina Cavallaro aiuta tutti ad avviare il percorso di impegno scientifico, professionale e civile in questa direzione, nella consapevolezza della necessità di difendere i tratti fondanti del rapporto tra cittadino e amministrazione nello Stato democratico¹⁶.

Jakobs, la nozione di 'nemico' è antitetica rispetto alla 'persona in Diritto', id est al 'cittadino', lo stesso 'nemico' può subire un trattamento differenziato, soprattutto, con riferimento alla pena detentiva e all'istituto della custodia cautelare».

15 Evidenza al riguardo l'Autrice: «Detto diversamente, il pericolo evidente di un "diritto amministrativo del nemico" è proprio questo: che le istanze securitarie che si agitano intorno alle esigenze di garanzia della sicurezza pubblica possano spingere il legislatore, e quindi anche l'amministrazione, verso una diversa considerazione degli strumenti di cura dell'interesse pubblico da apprestare in ragione dei soggetti coinvolti, 'cittadini' o 'stranieri', 'amici' o 'nemici'. Nel senso che, il provvedimento può essere adottato, non perché maggiormente corrispondente all'interesse pubblico da realizzare e all'esito di una valutazione comparativa tra tutti gli interessi coinvolti; ma, al contrario, la misura può essere disposta nei confronti di un determinato soggetto, che abbia determinati requisiti (tra i quali, ad esempio, lo stato di ubriachezza), senza la necessità di una adeguata considerazione dell'interesse da realizzare e senza la necessità di un'adeguata valutazione in ordine alla proporzionalità tra il sacrificio imposto con la misura medesima (allontanamento e inibizione all'accesso in determinate aree) e il perseguimento dell'interesse pubblico (preservare il decoro urbano delle predette aree). Ciò vuol dire che, nella prospettiva considerata, il 'nemico' può divenire chiunque, purché diverso da sé, in un significato che si allontana dall'idea del 'nemico' di Jakobs e abbraccia la visione schmittiana della distinzione amico/nemico».

16 Sul punto restano insuperate le considerazioni di V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, ora in *Scritti Giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1992, p. 53-89.

ALESSANDRO MORELLI

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Messina

alessandro.morelli@unime.it

**NEMICI, SIMBOLI ED EMERGENZE. NOTAZIONI SU
IMMIGRAZIONE E DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE (A
PARTIRE DA UN SAGGIO DI MARIA CRISTINA
CAVALLARO)**

**ENEMIES, SYMBOLS AND EMERGENCIES. NOTES
ON IMMIGRATION AND CONSTITUTIONAL
DEMOCRACY (STARTING FROM AN ESSAY BY MARIA
CRISTINA CAVALLARO)**

SINTESI

Il contributo prende spunto da un saggio di Maria Cristina Cavallaro sul “diritto amministrativo del nemico” e tratta il tema della compatibilità con i principi costituzionali di leggi che individuano determinati soggetti come nemici dell’ordinamento. Elementi di un “diritto costituzionale del nemico” si possono riscontrare, per esempio, nella recente legislazione in materia di immigrazione. Più in generale, sempre più spesso il legislatore fa riferimento a emergenze di varia natura per legittimare misure restrittive e afflittive nei confronti dei “nemici” di turno, producendo in molti casi una normazione simbolica di scarsa effettività. Nel contributo, l’Autore sostiene che si tratta, tuttavia, di tendenze incompatibili con i principi ispiratori della democrazia costituzionale.

ABSTRACT

The work takes its cue from an essay by Maria Cristina Cavallaro on the “administrative law of the enemy” and deals with the issue of compatibility with the constitutional principles of laws that identify certain individuals as enemies of the legal system. Elements of a “constitutional law of the enemy” can be found, for example, in recent legislation on immigration. More generally, the legislator increasingly refers to emergencies of several kinds to legitimize re-

strictive and afflictive measures against the “enemies” of the moment, producing in many cases a symbolic regulation of little effectiveness. In this essay, the Author argues that these tendencies are incompatible with the inspiring principles of constitutional democracy.

PAROLE CHIAVE: Diritto, nemico, immigrazione, simboli, emergenza

KEYWORDS: Law, enemies, immigration, symbols, emergency

INDICE: 1. La democrazia pluralista e i suoi nemici. – 2. La normazione simbolica in materia di immigrazione: un caso emblematico. – 3. Legislazione emergenziale e “diritto costituzionale del nemico”: quando le eccezioni al senso di umanità diventano regola (giuridica).

1. La democrazia costituzionale e i suoi nemici

La riflessione sviluppata da Maria Cristina Cavallaro intorno al “diritto amministrativo del nemico”¹ suscita interrogativi sulla natura della democrazia costituzionale, sulla sua compatibilità con la “logica binaria” che connota il diritto del nemico, sulle tendenze in atto nel nostro ordinamento, da tempo esposto a processi di “normativizzazione simbolica” che ne stanno erodendo le fondamenta.

La prima questione, dalla quale occorre prendere le mosse, è se la democrazia costituzionale, intesa come forma ordinamentale, ammetta o contempi di avere *nemici* e, in caso, quali conseguenze tragga da tale riconoscimento. Il che impone preliminarmente, da un lato, di individuare il concetto stesso di nemico rilevante ai fini del tema che ci occupa e, dall'altro, di effettuare una ricognizione dei tratti essenziali di tale modello ordinamentale.

Si deve chiarire, innanzitutto, che non è in discussione l'esistenza di soggetti (pubblici o privati) che si pongono in diametrica opposizione alla forma democratica, nella sua declinazione liberale e pluralista, reputandola un modello sbagliato, da combattere e abbattere: si pensi soltanto ai vari promotori di regimi autoritari, “democrazie illiberali” ecc., che teorizzano e propagandano

1 Cfr. M.C. CAVALLARO, *Gestione dei migranti, emergenza sanitaria e sicurezza pubblica: verso un 'diritto amministrativo del nemico'?*, in *paper*, par. 2.

concezioni contrarie al modello liberaldemocratico². Adottando la prima accezione ricavabile dai dizionari, secondo cui il “nemico” è chi «nutre verso altri sentimenti di avversione, di ostilità e si comporta di conseguenza, cercandone il danno e desiderandone, e spesso anche cercando di procurarne, il male»³, non v'è dubbio che la democrazia costituzionale (liberale e pluralista) abbia oggi non pochi nemici.

Il punto è, invece, se il tipo di ordinamento di cui si discute, sulla base dei suoi principi ispiratori, possa trattare determinati soggetti come nemici. Se si arrivasse alla conclusione che l'idea del nemico non rientra nell'orizzonte assiologico delle democrazie costituzionali contemporanee e non trova, dunque, in esse riconoscimenti normativi, si offrirebbero argomenti a chi sostiene l'intrinseca debolezza di tali ordinamenti, posto che i nemici della democrazia esistono e sono anche molto agguerriti⁴.

L'analisi dei concreti elementi istituzionali e normativi degli Stati costituzionali contemporanei, d'altro canto, mostra come la stessa distinzione, pure proposta in dottrina, tra «democrazie che si difendono» e «democrazie che non si difendono»⁵ possa essere mantenuta soltanto come criterio utile a distinguere

2 Cfr. in tema, tra gli altri, G. DELLEDONNE, *Crisi costituzionali nazionali e difesa dei valori dell'UE: come risolvere l'“impasse”?*, in *Percorsi costituzionali*, 3/2016, 405 ss.; L. DE GRAZIA, “Constitutional Coup” e democrazie illiberali: l'esperienza della Turchia, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2018, 380 ss.; J. SAWICKI, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano 2018; A. D'ATENA, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2019, 583 ss.; A. DI GREGORIO, *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee: qualche spunto di riflessione sullo sfondo delle contrapposizioni dottrinali*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie* (riviste.unimi.it), 2/2019, 1 ss.; G. MILANI, *Parlamento e parlamentarismo nella democrazia illiberale: l'esperienza ungherese*, in *DPCE online* (www.dpceonline.it), 4/2019, 2917 ss.; G.U. RESCIGNO, *Democrazie liberali, democrazie illiberali, meritocrazie*, in *Lo Stato*, 2020, 565 ss.; nonché le relazioni al Convegno su *Democrazie illiberali in prospettiva comparata: una nuova forma di Stato?*, Rende (CS), 4 dicembre 2019, pubblicate in *DPCE online* (www.dpceonline.it), 3/2020, III sez. mon., 3863 ss.; E. CUKANI, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli 2021.

3 Nemico, in *Treccani.it* (<https://www.treccani.it/vocabolario/nemico/>).

4 In tema si rinvia, per tutti, a R.A. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, trad. it., Roma 2005; per un quadro delle diverse concezioni della democrazia e delle critiche opposte a tale modello sia consentito rinviare ad A. MORELLI, *Le trasformazioni del principio democratico*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), I/2015, 194 ss.

5 Cfr. A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, 1178 ss.; ID., *Sul principio di fedeltà (a proposito di una recente decisione della Sezione disciplinare del*

tra le «Costituzioni dotate di un sistema di protezione meno “appariscente”» e quelle che, invece, «ne esibiscono uno maggiormente strutturato», considerato che «non esistono “democrazie indifese”, impossibilitate cioè a difendersi se vogliono rimanere fedeli a se stesse»⁶.

Se si guarda al testo della Carta del 1947, del resto, si individuano chiaramente i “nemici” dell’ordinamento repubblicano: il fascismo e la monarchia. In merito al primo, sono eloquenti le previsioni della XII disp. trans. e fin.⁷; contro la seconda, l’art. 139 pone un limite espresso alla revisione costituzionale⁸, mentre la XIII disp. trans. e fin. prevedeva limiti ai diritti politici e alla possibilità di ricoprire uffici pubblici per i membri di Casa Savoia, nonché il divieto, per gli stessi, di entrare e soggiornare nel territorio nazionale (gli effetti di tali disposizioni, com’è noto, sono stati dichiarati “esauriti” dalla legge costituzionale n. 1/2002), e continua a prevedere l’avocazione allo Stato dei beni, esistenti nel territorio nazionale, degli ex re di Casa Savoia, delle loro consorti e dei discendenti maschi⁹. Prescindendo pure dall’attualità di tali disposizioni e dai problemi interpretativi posti dall’art. 139 Cost.¹⁰, le “rotture” costituzionali previste

C.S.M.), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 751 ss.; ID., *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur.*, XIV (1989).

6 C. SALAZAR, *Le “relazioni pericolose” tra libertà di espressione e libertà di religione: riflessioni alla luce del principio di laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), gennaio 2008, 15. Sul punto sia consentito rinviare anche ad A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano 2013, 134 ss.

Sulle democrazie «protette» cfr., tra gli altri, S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino 2004; A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino 2005; I. NICOTRA, *Democrazia “convenzionale” e partiti antisistema*, Torino 2007.

7 XII disp. tran. fin. Cost.: «È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista.

In deroga all’articolo 48, sono stabilite con legge, per non oltre un quinquennio dall’entrata in vigore della Costituzione, limitazioni temporanee al diritto di voto e alla eleggibilità per i capi responsabili del regime fascista».

8 Art. 139 Cost.: «La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale».

9 La XIII disp. tran. e fin. precisa, inoltre, che «I trasferimenti e le costituzioni di diritti reali sui beni stessi che si siano avvenuti dopo il 2 giugno 1946, sono nulli».

Sulla legge cost. n. 1/2002 sia consentito rinviare ad A. MORELLI, *Sovranità popolare e ordinamento repubblicano (a proposito del progetto di revisione della XIII disp. trans. e fin. Cost.)*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 2002, 1-6, e ID., *“Eutanasia” di una disposizione. Ancora sulla legge costituzionale relativa alla XIII disp. trans. e fin. Cost. (25 agosto 2002)*, *ivi*, 25 agosto 2002, 1-4.

10 In tema, sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, ad A. MORELLI, *Togliere la parola razza dalla Costituzione? Ragioni e rischi di una revisione simbolica*, in *Quad. cost.*, 2/2021, 476 ss.

da queste previsioni normative non paiono inficiare la logica di fondo della Carta repubblicana, alla quale appare estranea l'idea di impostare i rapporti sociali e politici sulla base della netta contrapposizione tra amico e nemico.

Per quanto riguarda, più specificamente, il concetto di nemico, Cavallaro richiama due concezioni¹¹: quella proposta da Günther Jakobs, secondo la quale il nemico sarebbe l'individuo che, in modo permanente o comunque intenzionale, si è allontanato dal diritto e, per questo motivo, può essere sottoposto a trattamenti sanzionatori differenziati, e quindi più afflittivi, rispetto a quelli degli altri consociati; quella, più ampia, di Carl Schmitt, che identifica il nemico semplicemente con «l'altro, lo straniero»¹².

Guardando al nostro testo costituzionale e, più in generale, ai caratteri dell'ordinamento che trovano in quest'ultimo il proprio fondamento normativo, fatta eccezione per i “nemici storici” evocati dall'art. 139 e dalla XII e XIII disposizioni transitorie e finali, che potrebbero ricondursi, almeno in parte, al concetto jakobsiano, non c'è spazio per altri “nemici”, né nella prima, né soprattutto nella seconda, più ampia, accezione.

La vocazione universalistica del riconoscimento dei diritti inviolabili, contenuto nell'art. 2 Cost., e il principio personalista, in base al quale l'ordinamento è funzionalizzato al «pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, co. 2, Cost.), non appaiono compatibili con un “diritto del nemico”, comunque declinato. A riprova di tale ispirazione del modello ordinamentale che, come ha scritto Peter Häberle, trova nella dignità umana la propria «premessa antropologico-culturale»¹³, si leggano altresì il “ripudio” della guerra «come strumento

11 Cfr. M.C. CAVALLARO, *Gestione dei migranti, emergenza sanitaria e sicurezza pubblica: verso un 'diritto amministrativo del nemico'?*, cit., parr. 1 e 4 del *paper*. Cfr., in particolare, G. JAKOBS, *La pena statale. Significato e finalità*, trad. it., Napoli 2019.

12 C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, Bologna 1972, 109.

13 Cfr. P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma 2005, 9. Per G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, in ID., *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005, 9 ss., la dignità umana è il «punto archimedeo dell'ordinamento»; per A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., è un «valore supercostituzionale».

di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali», contenuto nell'art. 11 Cost., e le previsioni di cui all'art. 27, co. 3 e 4, secondo cui «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato» e «non è ammessa la pena di morte».

Non può trascurarsi, inoltre, il peso del principio solidarista, che ancora nella seconda parte dell'art. 2 Cost., trova riconoscimento nella richiesta di adempimento dei «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Più in generale, infine, il carattere “limitato” della sovranità popolare, riconosciuto dall'art. 1, co. 2, Cost., a norma del quale la stessa sovranità appartiene sì al popolo ma quest'ultimo deve esercitarla «nelle forme e nei limiti della Costituzione», preclude l'individuazione di “nuovi” nemici anche alle maggioranze democraticamente elette.

La nostra è, dunque, una democrazia che ha individuato nel passato i propri “nemici” storici, prevedendo nei loro confronti pochi limiti invalicabili (alcuni dei quali, peraltro, non più effettivi) ma che, pur non rinunciando a difendersi, non ammette che alcun essere umano possa essere trattato come un nemico da annientare, anche nell'ipotesi in cui questi si sia intenzionalmente allontanato dal diritto. Tale assunto, tuttavia, è oggi messo in crisi dalla diffusa condivisione di un paradigma ritenuto, anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, idoneo a derogarvi: l'emergenza. Come si dirà meglio al termine di queste brevi notazioni, proprio l'uso della dimensione emergenziale come spazio ordinario delle politiche pubbliche è oggi il male più insidioso per la sopravvivenza delle istituzioni liberaldemocratiche.

2. La normazione simbolica in materia di immigrazione: un caso emblematico

La legislazione in materia di immigrazione appare emblematica di alcuni processi patologici, oggi in atto nel nostro ordinamento.

La disciplina riguardante tale settore, ancora secondo Cavallaro, sarebbe stata coinvolta, negli ultimi decenni, da un processo involutivo, tendente, in un primo momento, alla «criminalizzazione del migrante irregolare»¹⁴ e, in un secondo momento, addirittura a quella del migrante richiedente protezione, con un progressivo passaggio dal paradigma jakobsiano a quello schmittiano di “nemico”¹⁵.

Una linea di tendenza degna di nota è la stretta correlazione, instaurata nella legislazione degli ultimi decenni, tra immigrazione e sicurezza, che costituisce una premessa necessaria alla traduzione del fenomeno migratorio in termini conformi a un “diritto del nemico”. Il riconoscimento dello straniero come nemico alimenta, infatti, la produzione di una normazione sempre più *simbolica* e priva di effettività, quando non palesemente incostituzionale, funzionale però a veicolare messaggi di appartenenza comunitaria, idonei ad alimentare processi di integrazione politico-culturale.

Per definire i tratti di tale disciplina è utile recuperare la concezione junghiana del simbolico, che fa riferimento a un modo di espressione caratterizzato da un'estrema *vaghezza* e *ambiguità* di significato¹⁶. Per Carl Gustav Jung, la parola e l'immagine simbolica possiedono «un aspetto più ampio, “inconscio”, che non è mai definito con precisione o compiutamente spiegato». Si ricorre ai simboli quando si vuole rappresentare «concetti che ci è impossibile definire o comprendere completamente»¹⁷.

Nello stesso senso, seppure da una diversa prospettiva, Umberto Eco parla di «modo simbolico di produzione segnica», consistente in un metodo di creazione di segni e testi connotato da una «*presunzione di analogia*» fra *simbolizzante* e *simboleggiato* e da una notevole *vaghezza di contenuto*¹⁸. Un modo espressivo che implica il necessario ricorso a un'*auctoritas* che fissi limiti e condizioni

14 Cfr. M.C. CAVALLARO, *Gestione dei migranti, emergenza sanitaria e sicurezza pubblica: verso un 'diritto amministrativo del nemico'?*, cit. par. 1 del *paper*.

15 *Ivi*, par. 2 del *paper*.

16 In tema, cfr. U. VOLLI, *Alla periferia del senso. Esplorazioni semiotiche*, Roma 2016, spec. 21 ss.

17 C.G. JUNG, *Introduzione all'inconscio*, in ID., *L'uomo e i suoi simboli*, Milano 1980, 6.

all'interpretazione, non essendo allo scopo sufficiente l'uso di un codice diffusamente condiviso. Ancora secondo Eco, il legame tra modo simbolico di produzione segnica e principio d'autorità consente al primo di rispondere a esigenze di controllo sociale. Nel modo simbolico si riscontra, infatti, un «consenso *fatico*»: non c'è un accordo su quanto il simbolo voglia dire ma solo sul fatto che bisogna riconoscergli un potere semiotico. Non importa se poi ciascuno attribuisce allo stesso simbolo un significato diverso perché il consenso sociale è raggiunto con il diffuso riconoscimento del «*mana*» proprio del simbolo¹⁹.

Nel modo simbolico, pertanto, parrebbe annidarsi quello che può definirsi un «germe di autoritarismo». Il che ovviamente non significa che gli ordinamenti democratici siano privi di simboli, riti e miti (basti pensare al c.d. «deismo cerimoniale» statunitense²⁰). Nei regimi autoritari, tuttavia, il simbolismo istituzionale è molto più pervasivo e assume caratteri peculiari, coerenti con i tratti personalistici del potere e, di solito, tendenti a individuare in un nemico comune un decisivo fattore di unificazione politica²¹.

Nella dimensione della democrazia costituzionale, la crescente «simbolizzazione» della legislazione, nel senso che si è detto, è segno di una grave patologia. Il sempre più frequente ricorso ad autorità giudiziarie per dirimere conflitti interpretativi e questioni di legittimità dipende anche da tale fenomeno. Il quale non riguarda soltanto la materia dell'immigrazione ma tutti gli ambiti dell'ordinamento: dal diritto penale a quello costituzionale e così via²². Il più

18 Cfr. U. ECO, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino 1984, 225. Sul punto sia consentito rinviare, per ulteriori approfondimenti, ad A. MORELLI, *Il contenuto semantico «inesauribile» del simbolo religioso nel controllo di legittimità costituzionale*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino 2004, 215 ss.

19 Cfr. ancora U. ECO, *op. cit.*, 240 s.

20 Sul «deismo cerimoniale» sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, ad A. MORELLI, *Il giuramento di fedeltà alla bandiera: «deismo cerimoniale» o violazione dell'Establishment Clause? Una complessa (e irrisolta) questione al vaglio della Corte suprema statunitense*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2005, 281 ss.

21 In tema cfr., per tutti, E. GENTILE, *Le religioni della politica. Fra democrazie e totalitarismi*, Roma-Bari, 2001.

22 Sul diritto penale simbolico cfr., per tutti, E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costi-*

delle volte la scarsa chiarezza, la vaghezza e l'ambiguità dei testi normativi, da un lato, e la loro inadeguatezza ai fenomeni fatti oggetto di disciplina, dall'altro, sfuggono ai controlli giurisdizionali, incrementando l'incertezza dei rapporti giuridici e rischiando di alimentare la diffusa esigenza di un'autorità carismatica in grado di risolvere i conflitti. Appare evidente come si tratti di fenomeni che erodono le basi di legittimazione delle istituzioni liberaldemocratiche, ponendo le condizioni per torsioni autoritarie del sistema.

Il simbolismo normativo, agevolato dalla mancata applicazione delle tecniche di garanzia della qualità formale e sostanziale della normazione, riflette, d'altronde, una visione dominante nell'odierna cultura politica. La logica binaria della contrapposizione tra amico e nemico ispira il dibattito pubblico, nella discussione di ogni tema d'interesse sociale, e trova espressione nel linguaggio politico corrente.

3. Legislazione emergenziale e “diritto costituzionale del nemico”: quando le eccezioni al senso di umanità diventano regola (giuridica)

La dialettica amico-nemico riesce a esprimere tutte le sue potenzialità nella dimensione emergenziale di esercizio delle politiche pubbliche. Com'è stato autorevolmente rilevato, nelle società contemporanee, i governanti hanno acquisito il ruolo di «tecnici della sopravvivenza», continuamente alle prese con pericoli contingenti e situazioni d'emergenza²³.

I flussi migratori, il terrorismo, le continue crisi economiche, la criminalità organizzata e, da ultimo, la pandemia e la guerra in Ucraina hanno fornito gli elementi per la costruzione di un “metaverso emergenziale” nel quale le garanzie costituzionali possono essere sospese, in ragione della minaccia di “nemici”

tuazionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008, Torino 2009, 201 ss.; gli interventi al dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, pubblicati in *www.penalecontemporaneo.it*, 2016; S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento 2018.

Sulla normazione simbolica nel diritto costituzionale cfr., per tutti, M. NEVES, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto*, trad. it. a cura di M. Carducci, Lecce 2004.

23 Così G. ZAGREBELSKY, *Moscateca*, Roma-Bari 2015, IX s.

in grado di annientare, intenzionalmente o meno, beni primari della società, compresa la sua stessa esistenza.

In tale prospettiva, sembra residuare uno spazio molto limitato al principio di solidarietà, che, come si è detto, nell'ordinamento repubblicano non si risolve in un mero precetto etico. In siffatto contesto la solidarietà è, infatti, il contenuto di un principio giuridico supremo, che, come si è argomentato in altra sede, pone le condizioni istituzionali e normative utili al perseguimento dell'unità nazionale, presupponendo *un'ontologia dei rapporti sociali in base alla quale ciascun soggetto è al tempo stesso debitore e creditore di tutti gli altri componenti (presenti, passati e futuri) della collettività*²⁴.

La qualificazione di un principio come supremo non ne implica l'illimitatezza, considerato che, come ha precisato il Giudice delle leggi, nello Stato costituzionale non esistono diritti o principi "tirannici", in grado di imporsi sempre su ogni altro bene²⁵. Tutti i diritti e i principi coesistono attraverso la tecnica del bilanciamento, che comporta limitazioni non sproporzionate e irragionevoli dell'uno o dell'altro bene nei singoli casi, senza compromettere il contenuto sostanziale di nessuno di essi. Anche il principio solidarista incontra, pertanto, dei limiti. Ma quali sono? Coincidono essi con il perimetro tracciato dalla cittadinanza formale? Oppure i doveri inderogabili di solidarietà (politica, economica e sociale) gravano anche sui non cittadini e possono avere questi ultimi come destinatari (diretti o indiretti)? E sul versante dei diritti, la cittadinanza è indispensabile condizione di esercizio dei diritti sociali?

24 Sul punto sia consentito rinviare ad A. MORELLI, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), III/2018, 533 ss.

25 Cfr. Corte cost., sent. n. 85/2013, ove si legge: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (punto 9 del *Cons. in dir.*). Evidente il riferimento critico al pensiero di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, trad. it., Brescia 2008.

I limiti del testo costituzionale, com'è noto, sono ritenuti da tempo superabili, avendo chiarito la Corte costituzionale, sin dalla sent. n. 120/1967, che il principio di eguaglianza formale si applica anche agli stranieri quando si tratti di assicurare la garanzia dei diritti inviolabili, nonostante l'art. 3, co. 1, Cost., parli di «cittadini».

Neanche sul piano dei doveri, pertanto, appare insuperabile il riferimento ai «cittadini» contenuto nell'art. 54, co. 1, Cost., che prevede i doveri di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi, se non altro in considerazione del fatto che il dovere di rispettare le fonti normative vigenti nell'ordinamento grava certamente su tutti coloro, cittadini e non, che si trovino sul territorio dello Stato. Tale disposizione, tuttavia, laddove investe i cittadini del dovere di essere fedeli alla Repubblica, sembra presupporre l'*integrazione politica* nell'ordinamento repubblicano dei cittadini stessi, una condizione legittimante l'esercizio dei diritti politici, in riferimento alla titolarità dei quali resiste ancora il criterio della cittadinanza formale (con le eccezioni consentite dalla titolarità della cittadinanza europea, la quale, com'è noto, permette comunque ai residenti nel territorio italiano di votare alle elezioni comunali e a quelle per il Parlamento europeo)²⁶.

Per quanto riguarda, invece, i diritti sociali (oltre che ovviamente per quelli civili), il carattere *naturalmente universalizzabile* di tali situazioni giuridiche ha legittimato la loro estensione anche ai non cittadini, seppure con non trascurabili limitazioni. Contro tale riconoscimento, infatti, sono stati introdotti, in diversi casi, dal legislatore statale e da quelli regionali trattamenti discriminatori, puntualmente sanzionati dalla Corte costituzionale²⁷.

26 Cfr. rispettivamente quanto previsto dal decreto legislativo n. 197/1996 (*Attuazione della direttiva 94/80/CE concernente le modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali per i cittadini dell'Unione europea che risiedono in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza*) e dal decreto-legge n. 408/1994 (*Disposizioni urgenti in materia di elezioni al Parlamento europeo*), convertito con modificazioni dalla legge n. 483/1994.

27 Si pensi, ad esempio, alla modifica introdotta dall'art. 80, co. 19, della legge n. 388/2000, che ha ridotto l'ambito di applicazione dell'art. 41 del T.U. sull'immigrazione, a norma del quale gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferio-

A prescindere da siffatta tensione tra diritti politici (ancora riservati quasi esclusivamente ai cittadini) e quelli civili e sociali (spettanti a tutti), derivante dalla diversa natura delle situazioni giuridiche in gioco, a pesare sulla condizione del migrante sono soprattutto le misure securitarie illegittime adottate negli ultimi tempi, dettate dalla logica binaria del “diritto del nemico”. Si pensi, per tutte, a quella introdotta dal decreto-legge n. 113/2018, che vietava l’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, previsione poi annullata dalla Corte costituzionale con la sent. n. 186/2020.

Benché al momento abbia incontrato la netta opposizione da parte degli organi di garanzia, primo fra tutti il Giudice delle leggi, il “diritto del nemico” continua a trovare espressione in diversi interventi normativi e perfino in proposte di revisione costituzionale, come, per esempio, quelle dirette a modificare l’art. 27 Cost., al fine di ridimensionare il principio della finalità rieducativa del-

re a un anno e i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale. La legge del 2000 ha previsto che l’assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali fossero concesse agli stranieri titolari di carta di soggiorno (ora permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo). Tale disciplina discriminava, pertanto, gli stranieri in possesso di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro o per motivi familiari; la Corte costituzionale ne ha dichiarato l’incostituzionalità addirittura con sette diverse pronunce: sentt. nn. 306/2008, 11/2009, 187/2010, 329/2011, 40/2013, 22/2015, 230/2015. Cfr., in dottrina, C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l’integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2018, 9.

Al livello regionale, in diversi casi sono state approvate leggi palesemente discriminatorie: si pensi, ad esempio, alla legge della Regione Liguria n. 13/2017, in base alla quale, ai fini dell’assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, il requisito prescritto per i cittadini di paesi extracomunitari (che la normativa precedente individuava nella titolarità di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno almeno biennale abbinato ad esercizio di attività lavorativa) veniva sostituito dalla regolare residenza da almeno dieci anni consecutivi nel territorio nazionale. La Corte, con sent. n. 106/2018, ha annullato la normativa impugnata per contrasto con l’art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 4 e 11 della direttiva 2003/109/CE, del Consiglio, la quale riconosce lo *status* di soggiornanti di lungo periodo ai cittadini di paesi terzi che risiedono regolarmente in uno Stato membro da almeno cinque anni e prevede che chi sia in tale condizione venga equiparato ai cittadini dello Stato membro in cui si trova anche ai fini del godimento dei servizi e delle prestazioni sociali. Si vedano, analogamente, anche le sentt. nn. 107 e 116/2019; su tale giurisprudenza cfr. D. TEGA, *Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali*, in *Dir. reg.* (www.dirittiregionali.it), 2/2018.

la pena, che si vorrebbe condizionare alla «collaborazione del condannato»²⁸, o al quale si intenderebbe affiancare riferimenti alla «pericolosità sociale del condannato» e alla «sicurezza dei cittadini»²⁹; o ancora quella che vorrebbe introdurre nell'art. 101 Cost. il riconoscimento del medesimo «diritto alla sicurezza»³⁰.

L'argomento spesso sotteso a interventi orientati in tal senso è quello di dover fare fronte a qualche emergenza securitaria, trascurandosi però che condizioni indispensabili affinché un'emergenza possa legittimare misure restrittive non incostituzionali sono la proporzionalità dell'intervento e la temporaneità della situazione legittimante. L'istituzionalizzazione di misure emergenziali o il ridimensionamento permanente delle garanzie prodotto dalla revisione della Legge fondamentale sono operazioni costituzionalmente inammissibili, perché collidono con primarie esigenze di attuazione del principio personalista, riducendone la portata e traducendosi in modifiche regressive e, dunque, intollerabili del testo costituzionale³¹. Se, in definitiva, le tendenze che si sono qui richiamate portassero alla costruzione di un "diritto costituzionale del nemico",

28 Cfr. la proposta di legge costituzionale d'iniziativa dell'on. Cirielli e altri n. AC 116, del 23 marzo 2018, recante «Modifica dell'articolo 27 della Costituzione in materia di responsabilità penale», che vorrebbe introdurre il seguente nuovo terzo comma: «La pena, che non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, assicura la giusta punizione del reo per il fatto commesso e la prevenzione generale e speciale del reato e deve tendere, con la collaborazione del condannato, alla sua rieducazione. Sono stabiliti con legge i limiti della finalità rieducativa in rapporto con le altre finalità e con le esigenze di difesa sociale».

29 Cfr. la proposta di legge costituzionale d'iniziativa dell'on. Meloni e altri n. AC 3154, del 9 giugno 2021, recante «Modifica dell'articolo 27 della Costituzione in materia di funzioni della pena», che vorrebbe aggiungere al terzo comma dell'articolo 27 Cost. il seguente periodo: «La legge garantisce che l'esecuzione delle pene tenga conto della pericolosità sociale del condannato e avvenga senza pregiudizio per la sicurezza dei cittadini».

30 Cfr. la proposta di legge costituzionale d'iniziativa dell'on. Meloni e altri n. AC 2954 del 16 marzo 2021, recante «Modifica all'articolo 101 della Costituzione, in materia di introduzione del diritto dei cittadini alla sicurezza», la quale vorrebbe premettere al primo comma dell'art. 101: «La Repubblica tutela la sicurezza dei cittadini».

31 La tesi secondo cui sarebbero inammissibili soltanto le revisioni dei principi fondamentali e delle disposizioni inerenti ai diritti inviolabili della persona umana regressive, ossia tendenti a recuperare principi propri del regime autoritario, si deve a G. Silvestri, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano 1987, 1206. Sul punto sia consentito rinviare, inoltre, ad A. Morelli, *Togliere la parola razza dalla Costituzione? Ragioni e rischi di una revisione simbolica*, cit., 2/2021, spec. 476 ss.

sarebbe il segno di un epocale declino di quel paradigma antropologico-culturale che, come si è detto, costituisce l'indefettibile premessa della democrazia costituzionale: la supremazia della dignità umana, in tutte le sue declinazioni e in ogni ambito di espressione, sui poteri pubblici.

EDOARDO CARLO RAFFIOTTA

Professore associato di Diritto Costituzionale presso l'Università degli studi di Milano Bicocca
edoardo.raffiotta@unimib.it

**SPUNTI DI RIFLESSIONE A PARTIRE DA MARIA
CRISTINA CAVALLARO: IL DIRITTO AMMINISTRATIVO
DEL NEMICO TRA EMERGENZA E GARANZIE
COSTITUZIONALI**

**ELEMENTS OF REFLECTION FROM READING MARIA
CRISTINA CAVALLARO: ADMINISTRATIVE LAW OF THE
ENEMY BETWEEN EMERGENCY AND CONSTITUTIONAL
GUARANTEES**

SINTESI

Se si sovraccarica di simbolismo l'interesse alla pubblica sicurezza, si rischia di piegare le medesime funzioni amministrative a logiche del tutto estranee alle finalità di pubblico interesse che esse perseguono e si potrebbero aprire spazi per forme di discriminazione.

ABSTRACT

If the interest in public safety is overloaded with symbolism, there is a risk of bending the same administrative functions to logics that are completely unrelated to the purposes of public interest that they pursue and spaces could be opened up for forms of discrimination.

PAROLE CHIAVE: Maria Cristina Cavallaro – Amministrativo – Emergenza – Fonti.

KEY WORDS: Maria Cristina Cavallaro – Administrative Law - Emergency – Sources of Law.

Indice: 1. Premessa – 2. Immigrazione, emergenza, sicurezza pubblica. - 3. Ex facto oritur ius: l'emergenza come fonte del diritto. - 4. L'emergenza come fonte del diritto alla prova dei fatti. - 5. Il diritto amministrativo tra poteri di risposta all'emergenza e tra garanzie costituzionali.

1. Premessa

Credo che, oggi, una imprescindibile caratteristica del giurista moderno sia la sua interdisciplinarietà e, in un certo senso, la sua versatilità. La sua capaci-

tà di affrontare tematiche trasversali, impiegando il pensiero giuridico per osservare in maniera critica il mondo circostante (sempre più complesso, e sempre più contraddistinto da fenomeni tra loro interconnessi), adottando una prospettiva ed una visione di ampio respiro. Lo fa bene Maria Cristina Cavallaro, che nel proprio saggio “Gestione dei migranti, emergenza sanitaria e sicurezza pubblica: verso un ‘diritto amministrativo del nemico?’” conduce per mano il lettore incentivando la riflessione su un tema che si pone per sua natura a cavaliere tra più discipline giuridiche (e sociali, oltre che latamente politiche).

Il filone in cui il contributo consapevolmente si inserisce è quello del rinnovato interesse dottrinario per il tema della sicurezza pubblica e, di riflesso, del mai sopito rapporto conflittuale tra strumenti di tutela e promozione della sicurezza - da un lato - e diritti e libertà dei singoli, dall'altro. Temi certamente “classici” per il rilievo che da sempre rivestono nel diritto pubblico, e ciononostante capaci di venire oggi declinati in nuove forme e, dunque, suscitare nuove riflessioni; anche - in particolare - per la natura adattiva che li caratterizza: si pensi a puro titolo esemplificativo alle molteplici e articolate declinazioni della sicurezza nel digitale (come cybersecurity, o come tutela e protezione dei dati personali) o, ancora, alle forme del potere regolamentare di fronte all'emergenza (sanitaria, ma anche economica e sociale). Casi in cui - ne è ben consapevole l'a. - si mostra forte la tensione tra fatto e Diritto (costituzionale, amministrativo, penale).

2. Immigrazione, emergenza, sicurezza pubblica

Proprio dal diritto penale muove il contributo, che si apre con una sintetica descrizione della teoria del diritto penale del nemico: i tratti salienti della teoria di matrice tedesca vengono poi, nel prosieguo del contributo, coniugati con elementi caratterizzanti il “nemico” di schmittiana memoria, per ampliarne gli effetti oltre le categorie penalistiche (per giungere ad indagare la presenza

nell'ordinamento di un "diritto amministrativo del nemico" o, quantomeno, di eventuali indizi in questo senso). Al fulcro del paragrafo di apertura del contributo - individuato dall'a. nella *"contrapposizione tra persona e non-persona, id est tra 'cittadino' e 'nemico', che giustifica il trattamento differenziato nei confronti di chi si è allontanato dal diritto"*, che troverebbe nel Testo Unico sull'Immigrazione un'applicazione concreta di un *"impianto sanzionatorio dal valore prevalentemente simbolico, capace di rispondere alle istanze securitarie dell'opinione pubblica, ma senza un preciso effetto deterrente sui possibili autori delle fattispecie penalmente rilevanti"* - segue un'analisi del rapporto tra immigrazione (*rectius*: gestione dei flussi migratori) e tutela della sicurezza pubblica. Due gli esempi principali portati dall'a.: da un lato gli interventi normativi per la gestione del fenomeno e, in particolare, la misura della revoca della cittadinanza introdotta con il decreto sicurezza del 2018; dall'altro l'ordinanza del Presidente della regione Sicilia che nel 2020 ordinava lo sgombero dell'*hotspot* di Pozzallo. In entrambe le situazioni Cavallaro individua, pur con le rispettive specificità, elementi comuni che portano a chiedersi se sia individuabile una "logica binaria", per contrapposizione, anche nel diritto amministrativo (come nella teoria del diritto penale del nemico, *ndr*), e che conducono l'a. ad esprimere *"la preoccupazione di cogliere, nella manifestazione del potere pubblico e, soprattutto, nella legge che ne fonda l'esercizio, i segni, e dunque i rischi, di una logica del 'nemico'"* (pur specificando la stessa a. come non manchino, nell'ordinamento, spinte contrarie o - comunque - aventi come conseguenza quella di arginare gli effetti di tali provvedimenti - sul punto si avrà modo di tornare nel prosieguo - cfr. *infra*, 5.).

Il terzo e quarto paragrafo - probabilmente inquadrabili come il cuore del contributo - (sinteticamente, dato anche se trattasi di un'analisi ben più approfondita e articolata di quanto non possa ricapitolarsi in questo breve commento) avvisano il lettore che *"se si sovraccarica di simbolismo l'interesse alla pubblica sicurezza, si rischia di piegare le medesime funzioni amministrative a logiche del tutto estranee alle finalità di pubblico interesse che esse perseguono e si potrebbero aprire spazi per for-*

me di discriminazione” e, infine, consentono all’a. di poter avvertire il pericolo di un “diritto amministrativo del nemico” in cui la progressiva espansione delle misure di sicurezza, unita alla sottovalutazione dell’importanza di un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco, condurrebbe alla identificazione dell’*altro* (lo straniero, ma non solo) con il nemico. Chiudono il contributo alcune riflessioni dell’a. sul ruolo giocato, rispetto alla progressiva espansione degli interventi di pubblica sicurezza, dal contesto di volta in volta emergenziale in cui i medesimi venivano concepiti ed erano destinati a trovare attuazione; nonché - infine - un auspicio affinché l’ordinamento non cada vittima della “teoria del nemico”, scegliendo piuttosto la strada del bilanciamento.

3. *Ex facto oritur ius*: l'emergenza come fonte del diritto

La sicurezza è sempre stata al centro degli interessi degli studiosi del diritto (e dibattito) pubblico, anche se il tema oggi ha avuto una considerevole trasformazione rispetto al passato (la sicurezza dello Stato nazione si divide tra campi tradizionali e spazio cyber; quella della comunità subisce pressioni esogene inedite per effetto della moltiplicazione delle minacce¹; mentre la sicurezza individuale si confonde sempre più con le garanzie connesse al diritto alla privacy). Tra le numerose ragioni che meritano un ruolo di prim’ordine nel rinnovato successo della sicurezza pubblica ve n’è una in particolare (e che pure trova menzione nel saggio di Cavallaro, pure se forse più brevemente di quello che si sarebbe potuto): l’emergenza, con ciò intendendosi però non solo l’emergenza sanitaria, che pure ha giocato un ruolo determinante negli eventi descritti nel saggio, ma anche l’emergenza economica, sociale, anche migratoria e - potremmo dire senza timore di smentita - l’emergenza globale al cui cospetto siamo posti dall’inizio del XXI secolo. Dalla lotta al terrorismo alla crisi economica del 2008, dall’impatto sugli Stati (*a posteriori* certamente non positivo)

¹ Ciò che ha condotto parte della dottrina, anche delle scienze sociali, a qualificare la società moderna come “società del rischio”.

delle politiche di *austerity* adottate dall'Unione, per giungere alla crisi sanitaria e - ora - alla presenza di un conflitto armato alle porte dell'Europa, la parola d'ordine delle ultime due decadi è stata ed è tutt'ora quella dell'emergenza. Questo ci consente due considerazioni principali, a mio avviso.

Innanzitutto, ci ricorda ancora una volta - e quasi prepotentemente - la “forza normativa del fatto” di cui scriveva già George Jellinek. *Ex facto oritur ius*, citando Cesarini Forza: il diritto (*ius*) è sempre lo specchio - meglio ancora, il prodotto - della società (*societas*) entro cui si sviluppa e della quale - inconsapevolmente o meno - ricalca i tratti fondamentali. Parte di questa relazione porta anche, inevitabilmente, ad un diritto che viene *modellato* secondo le esigenze della specifica realtà di riferimento (per questo si può parlare di un diritto che *subisce* il fatto)². E se la più rilevante caratteristica del tempo presente è quella dell'emergenza (un'emergenza che - come ci ricorda Cavallaro - ha assunto il ruolo di costante, consentendo di parlare di una normalizzazione dell'emergenza, o di una emergenza normalizzata), ecco che proprio l'emergenza assume oggi al ruolo di prima fonte del diritto.

L'emergenza è la massima espressione di un fatto (o, come riscontriamo con crescente frequenza, di più fatti, anche unitariamente considerati) che si impongono sull'ordinamento e piegano le fonti tradizionali alla necessità di dare una risposta a cui l'ordinamento non riuscirebbe altrimenti - con i suoi soli strumenti ordinari, predeterminati - a fornire (adeguato) riscontro. È nelle crisi che “vive l'autorità cui l'emergenza contribuisce a concedere legittimità”³.

Ma questo, si noti bene, non è per forza di cose da leggersi negativamente. Si tratta, quasi banalmente, del naturale adattamento dell'ordinamento all'evoluzione delle istanze di reazione espresse dalla società, oggi caratterizzate da una velocità di emersione e un'effettività così immediata da essere difficil-

2 G. Morbidelli, *Prefazione*, in E.C. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, cui sia consentito il rinvio.

3 G. Mann - J. Wainwright, *Il nuovo Leviatano. Una filosofia politica del cambiamento climatico*, Treccani, Roma, 2019 (I ed. orig. Verso, London, 2018).

mente conciliabili con i tradizionali strumenti di produzione del diritto cui eravamo abituati. Il diritto, insomma, di fronte all'emergenza è messo in condizione di dover cercare la strada più efficace, pena il cadere nell'incapacità di governo del fenomeno e quindi nella sostanziale irrilevanza.

4. L'emergenza come fonte del diritto alla prova dei fatti

La relazione tra fatti emergenziali e diritto (spesso, sotto forma di strumenti giuridici innovativi, quasi *prestati* all'emergenza) è ricca ed articolata, ma - pur non potendosi ripercorrere nella sua interezza - merita ricordarsi qualche esempio. Nel far fronte alla crisi finanziaria del 2008 e, poi, alla crisi dell'economia reale hanno avuto grande rilievo i decreti legge (che, al netto dell'abuso certamente ancora presente, rimangono pur sempre strumenti per loro stessa natura emergenziali): possiamo ricordare il d.l. n. 185/2008, con misure di sostegno alle imprese italiane (tra cui la concessione di prestiti agevolati e la riduzione delle tasse sulle attività produttive), il d.l. n. 201/2011, noto come "salva Italia", finalizzato alla introduzione di una serie di riforme strutturali volte a ridurre il debito pubblico (oltre che a migliorare la competitività dell'economia), o ancora la riforma del sistema pensionistico, la riforma del mercato del lavoro e la riduzione della spesa pubblica⁴.

Tutto ciò, naturalmente, unito all'eccezionale (per tempistiche, oltre che per il contenuto) legge costituzionale 1/2012 (su cui molto si è detto e scritto). Con la crisi pandemica la relazione tra emergenza e diritto - amministrativo innanzitutto - è diventata palese e non ignorabile: alla dichiarazione dello stato di emergenza *in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili* adottata con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 hanno fatto seguito le - numerose - ordinanze del Capo Di-

4 O ancora: il d.l. n. 95/2012, che introduceva misure di sostegno alle PMI, tra cui finanziamenti agevolati e la semplificazione delle procedure per l'accesso al credito; il d.l. n. 66/2014 finalizzato ad una parziale riforma fiscale; o ancora il d.l. n. 119/2018, in sostegno alle famiglie tramite concessione di bonus nascite e la riduzione delle tasse sulla casa.

partimento della Protezione Civile e le ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri⁵. Alle quali ha fatto seguito, in definitiva, un vero e proprio “ordinamento emergenziale di contrasto della pandemia”, culminato (unitamente ai provvedimenti adottati dalle amministrazioni statali, ma altresì da parte di Regioni e Comuni *ex art.* 32 legge n. 833/1978, art. 117 d.lgs. n. 122/1998, art. 50 d.lgs n. 276/2000) con i noti e discussi Decreti della Presidenza del Consiglio dei ministri. Strumenti normativi dotati di quella speditezza allora assolutamente necessaria, caratteristica qualificante dell'emergenza: ecco perché è fisiologico che le emergenze siano gestite attraverso atti amministrativi⁶, pur naturalmente autorizzati attraverso una fonte primaria. Atti riconducibili alla categoria delle ordinanze emergenziali⁷, caratterizzate dalla necessità di adottare misure “contingibili ed urgenti”: come avvenuto, in fin dei conti, con l'ordinanza del Presidente della regione Sicilia ricordata da Cavallaro, legittimante lo sgombero dell'*hotspot* di Pozzallo per ragioni - appunto - emergenziali: di sicurezza (sovraffollamento) e sanità (“incolumità e salute dei cittadini siciliani” a seguito della fuga dei migranti - di quelli contagiati, naturalmente - ma anche del sovraffollamento e, per i migranti stessi, dell'impossibilità di garantire “l'assenza di promiscuità tra soggetti sani e contagiati”). Anche la gestione dei flussi migratori ha costituito invero – come forse costituisce tutt'ora - un fenomeno emergenziale: nel 2015, oltre un milione di migranti ha raggiunto l'Unione, prevalentemente attraverso Grecia e Italia⁸. Un fenomeno certamente senza precedenti, di fronte al quale l'Unione ha spesso mostrato (e mostra ancora)⁹ le pro-

5 Sulla cui legittimità formale non può dubitarsi: sia nuovamente consentito sul punto il rinvio a E. C. Raffiotta, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia*, cit.

6 A. Mangia, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, Rivista AIC, 2/2021.

7 E. C. Raffiotta, *op. cit.*

8 <https://data.unhcr.org/en/situations/mediterranean>.

9 Del 2020 il *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, Bruxelles, 23 settembre 2020, COM(2020) 609 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52020DC0609>); presentato il 23 settembre 2020 dalla Commissione tramite una comunicazione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, e che legittimamente può suscitare perplessità, a partire dallo strumento normativo - un “Patto” - impiegato. Così J.-Y. Carlier, L. Leboeuf, *Droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen*, JDE, 2021.

prie debolezze e lacerazioni interne, in ogni caso un fatto sicuramente emergenziale, per portata e implicazioni (sociali e politiche certamente, come nondimeno economiche e assistenziali, a maggior ragione in un periodo non certo segnato da una prosperità economica interna al Paese). Così, come recentemente ha notato Riccardo Ursi, una fase di crisi del sistema di welfare determina (sembra potersi dire quasi fisiologicamente) una ri-espansione dell'ambito di efficacia della sicurezza pubblica¹⁰.

L'emergenza, come nota Cavallaro, amplifica le paure e le inquietudini, individuali e collettive: alle quali l'ordinamento cerca di fornire pronta risposta, non potendo farlo se non attraverso una regolamentazione che trova in generale nell'atto amministrativo lo strumento per regolare il contesto emergenziale.

5. Il diritto amministrativo tra poteri di risposta all'emergenza e tra garanzie costituzionali

In nome dell'emergenza, quindi, è sempre possibile derogare all'ordinario sistema costituzionale delle fonti? Naturalmente, no. Se da un lato, data la intrinseca natura sussidiaria del diritto penale *in primis* e, in secondo luogo, la maggiore agilità del diritto amministrativo rendono quest'ultimo lo strumento naturalmente deputato a regolare l'emergenza, dall'altro lato - lo ricorda Cavallaro, e vale la pena ribadirlo - l'amministrazione non può certo spogliarsi, nell'esercizio delle proprie funzioni, dell'onere che le impone di “*trovare il giusto punto di equilibrio tra le finalità che essa deve perseguire*” (tra cui in tutta evidenza quelle di sicurezza pubblica), in un'operazione “*particolarmente delicata e complessa*”.

Nel moderno ordinamento costituzionale è la legge (e non l'emergenza) la primigenia e non sostituibile fonte del diritto. Non ne viene dunque mai meno - né potrebbe essere altrimenti - la necessaria osservanza, rispetto alla

10 R. Ursi, *La sicurezza pubblica*, Bologna, il Mulino, 2022. Più recentemente sul volume si v. G. Tropea, *Spunti di riflessione dalla lettura del libro di Riccardo Ursi sulla sicurezza pubblica*, in *PA Persona e Amministrazione*, n. 1, vol. X, 2022.

quale un utilizzo del diritto amministrativo in funzione gestoria dell'emergenza non sembra porre particolari problemi, purché il contenuto della colonna portante dell'edificio ordinamentale non venga indebitamente compromesso: la tendenza ad accentrare i poteri emergenziali in capo al governo è invero presente anche in ordinamenti (quello austriaco esemplificativamente)¹¹ in cui il potere amministrativo viene tradizionalmente - in tempi ordinari - limitato, per effetto di una adesione stretta al principio di legalità.

La stessa ragione giustificativa dell'emergenza contribuisce in fatto a circoscrivere l'ambito di efficacia e applicabilità del potere amministrativo, privandolo del necessario *substratum* legittimante quando questo si dovesse allontanare dalla situazione contingente: può citarsi sul punto quella Corte costituzionale che - opportunamente - ha dichiarato l'incostituzionalità della congiunzione "anche" all'art. 54 c. 4 del Testo Unico degli Enti Locali (TUEL) ben chiarendo dunque che il Sindaco può utilizzare questi poteri solo in situazioni di emergenza e non al di fuori di esse.

Ciò che più conta è dunque che non vengano non solo apertamente violati, ma neppure compromessi, i principi regolatori dell'intervento statale, come il sistema di garanzie costituzionali ci attesta ininterrottamente.

A Cavallaro certo questa circostanza non sfugge, ed infatti trova espressa menzione nel passaggio in cui l'a ricorda il ruolo della Corte di Giustizia e, in particolare, di CGUE C-221/17, che ha ben chiarito il potere-dovere degli organi giurisdizionali interni di verificare che la revoca della cittadinanza di cui sopra sia giustificata e rispettosa del principio di proporzionalità. La stessa ordinanza del Presidente della regione Sicilia, ci viene ricordato nel contributo, ha trovato un argine nell'intervento del Tar, che ne ha sospeso in via cautelare gli effetti.

11 In Austria già dal 1950 era presente una specifica disciplina in materia di emergenze sanitarie (*Epidemiegesetz*) il cui impianto fondamentale - dopo gli ultimi aggiornamenti *ad hoc* in funzione dell'emergenza sanitaria - legittima i poteri *extra ordinem* del Governo, necessari per affrontare la pandemia, anche attraverso restrizioni ai diritti di libertà. Poteri del Governo volti anche a indirizzare e se necessario prevalere sulle autonomie territoriali.

Esempi, quindi, in cui le guarentigie poste dall'ordinamento al preciso fine di evitare una tracimazione del potere amministrativo oltre i confini dell'emergenza si sono mostrate presenti e finanche puntualmente efficaci.

Il punto è rilevante: un equo bilanciamento tra opposti centri d'interesse è l'unica strada attraverso cui pervenire ad una sintesi che abbia riguardo alle esigenze delle parti in gioco. Altrettanto certamente, non vi è dubbio, la sede primaria in cui simili operazioni valutative dovrebbero trovare cittadinanza (quantomeno a livello teorico, quasi ideale) è nell'attività del legislatore, risiedendo nella discussione parlamentare - in prospettiva kelseniana - il punto di partenza e insieme di arrivo della tutela di diritti e libertà, a maggior ragione in presenza della contemporanea tendenza ad una maggiore pervasività degli strumenti tecnici rispetto alla quale la Politica sembra troppo spesso incapace di reagire¹².

Eppure, forse anche proprio per far fronte alla deprecabile inerzia del ramo legislativo, l'ordinamento si è certo mostrato negli ultimi anni particolarmente capace di un utilizzo delle guarentigie costituzionali in linea coerente alla loro vocazione: quella in funzione limitativa del potere di governo, allorché questo - consapevolmente o meno - riesca a tracimare i confini che giustificano la propria azione. Neppure la discrezionalità può fungere da limite invalicabile, se non giustificata e non giustificabile; l'ordinamento, si è detto, non è privo di strumenti di controllo, ben potendo esercitarlo (come in effetti accade) attraverso l'attività giurisdizionale e - se possibile - l'attività della Corte, nonché attraverso la proceduralizzazione dei requisiti formali e sostanziali dell'intervento regolamentare e infine della c.d. società aperta degli interpreti¹³. Anche il giuri-

12 G. Cerrina Feroni, G. Morbidelli, *La sicurezza: un valore superprimario*, in Percorsi costituzionali, 2008, citato anche dall'a. con riferimento alla configurabilità di un "diritto" alla sicurezza (nonché sul punto anche G. Cerrina Feroni, *Sicurezza e diritti, la tutela della libertà nel "permanente stato d'eccezione"*, su <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9507757>).

13 A. Morrone, Bilanciamento (voce), Enciclopedia del Diritto, in "Enciclopedia del diritto", Annali, vol. II, tomo II, Giuffrè, 2008.

sta può - deve, e non potrebbe essere diversamente - nutrire dubbi nei confronti tanto dell'utilizzo da parte del governo dello strumento amministrativo quanto, nel merito, della legittimità non solo di tale scelta, ma anche del contenuto della medesima (e quindi del bilanciamento operato tra finalità - pubblica sicurezza - e gli interessi che lo strumento normativo ha in un certo senso compreso per il raggiungimento di quelle finalità): pur ricordando, invero, che in caso di emergenza tale sindacato assume fisiologicamente maglie più larghe, che consentano di rispondere alle richieste dell'ordinamento, e che l'intervento in garanzia del giudice è possibile e - nei fatti - tempestivo ogni volta in cui necessario; senza quindi rischiare di allontanarsi dai capisaldi che caratterizzano il nostro ordinamento come una democrazia stabile e un ordinamento costituzionale liberaldemocratico.

SEZIONE II

PARTE SECONDA

FABIO G. ANGELINI

Professore straordinario nella Facoltà di Ingegneria dell'Università Internazionale Uninettuno di Roma

f.angelini@uninettunouniversity.net

LA PARTECIPAZIONE DEI PRIVATI AL SSN TRA SERVIZIO PUBBLICO, CONCORRENZA E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

PRIVATE PARTICIPATION IN THE SSN BETWEEN PUBLIC SERVICE, COMPETITION AND ADMINISTRATIVE DISCRETION

SINTESI

L'emergenza pandemica ha riaperto i riflettori sul Servizio Sanitario Nazionale ponendo in luce non tanto (o quanto meno non soltanto) l'ovvia constatazione di rappresentare un'importante voce di spesa del bilancio dello Stato, bensì il suo essere un'infrastruttura sociale essenziale o, se vogliamo, una precondizione, nello stesso tempo, per il funzionamento del sistema economico, per la coesione sociale e, in definitiva, per il corretto svolgersi dei processi democratici. Il presente lavoro intende sollevare qualche critica in ordine all'efficacia delle selezioni di cui all'art. 15 della l. 118/2022 rispetto alle finalità proconcorrenziali poste a fondamento di tale riforma del settore. Nel fare questo – optando per una visione normativa della concorrenza, in quanto ritenuta più in linea con il collocamento costituzionale del diritto alla salute quale espressione della sovranità della persona e, nello stesso tempo, banco di prova del principio di eguaglianza e strumento di promozione della coesione sociale – si proverà a fare il punto sul ruolo degli erogatori privati e sulla loro partecipazione al SSN e ci si soffermerà, in particolare, sulla difficile convivenza tra le esigenze di programmazione del fabbisogno di prestazioni sanitarie alla luce dei vincoli di bilancio e il riconoscimento del diritto di scelta degli utenti e, quindi, sull'esercizio della discrezionalità amministrativa in sede di accreditamento degli erogatori privati e di assegnazione del relativo tetto di spesa.

ABSTRACT

The pandemic emergency has rekindled the spotlight on the National Health Service, highlighting not so much (or at least not only) the obvious observation that it represents an important item of expenditure in the state budget, but rather its being an essential social infrastructure or, if we like, a precondition, at the same time, for the functioning of the economic system, for social cohesion and, ultimately, for the correct development of democratic processes. This work intends to raise some criticisms regarding the effectiveness of the selections pursuant to art. 15 of Legislative Decree 118/2022 with respect to the pro-competitive aims underlying this sector reform. In doing this - by opting for a normative vision of competition, as it is considered more in line with the established placement of the right to health as an expression of the sovereignty of the person and, at the same time, a test case for the principle of equality and an instrument for promoting social coherence - we will try to take stock of the role of private providers and their participation in the NHS and we will focus, in particular, on the difficult coexistence between the planning needs of the needs for health services in the light of budget constraints and the recognition of users' right to choose and, therefore, on the exercise of administrative discretion when accrediting private providers and assigning the related spending ceiling.

PAROLE CHIAVE: Diritto alla salute – Concorrenza – Erogatori privati – Costituzione – Programmazione.

KEYWORDS: Right to Health – Competition – Private providers – Constitution – Planning.

INDICE: 1. Premessa. – 2. La concezione utilitaristica della concorrenza e il fondamento costituzionale della sua tutela giuridica nell'utilità sociale: critiche alla luce dell'art. 32 Cost. – 3. Gli spazi dell'iniziativa economica privata nell'erogazione dei servizi sanitari tra libero mercato e servizio pubblico. – 4. La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie tra libera concorrenza ed esigenze di programmazione. – 5. La natura del rapporto che regola l'erogazione delle prestazioni da parte dei privati accreditati, l'assenza di sinallagmaticità e il nesso accreditamento-accordo. – 6. (*Segue*): L'irrilevanza eurounitaria della fattispecie concessoria di cui al d.lgs. 502/1992 e l'esclusione dall'ambito di applicazione del d.lgs. 50/2016. – 7. La posizione critica dell'ACGM e i recenti richiami della giurisprudenza amministrativa in tema di libertà di accesso al servizio pubblico. – 8. Le selezioni di cui all'art. 15 della l. 118/2022 tra rendite politiche, tentativi di recupero dell'efficienza attraverso gli erogatori privati e nuove rendite private. – 9. La necessità di un diverso paradigma concorrenziale per il SSN: la discrezionalità amministrativa tra efficienza allocativa e coesione sociale. – 10. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

L'emergenza pandemica ha riaperto i riflettori sul Servizio Sanitario Nazionale ponendo in luce non tanto (o quanto meno non soltanto) l'ovvia constatazione di rappresentare un'importante voce di spesa del bilancio dello Stato, bensì il suo essere – in ossequio al primo comma dell'art. 32 Cost. che assegna alla Repubblica «*il compito di tutelare la salute come diritto dell'individuo e interesse della collettività*» – un'infrastruttura sociale essenziale o, se vogliamo, una precondizione, nello stesso tempo, per il funzionamento del sistema economico, per la coesione sociale e, in definitiva, per il corretto svolgersi dei processi democratici¹.

La rinnovata attenzione nei confronti di tale funzione del benessere si è manifestata sia sul fronte degli interventi necessari ad incrementare la capacità di reagire agli *stress* provocati dall'emergenza pandemica e, dunque, della sua resilienza, sia su quello della capacità di attrarre investimenti pubblici² e privati (specie in ambito tecnologico) in grado di fare da volano alla ripresa economica, sfruttando l'effetto moltiplicatore di questi ultimi.

In relazione ad entrambi questi fronti, le tematiche organizzative sottese a tale funzione del benessere e l'assetto monopolistico e/o di “quasi mercato” di quest'ultima diventano decisive, riattualizzando vecchi interrogativi e ponendo nuove questioni che interessano il perimetro del servizio pubblico, le dinamiche di interazione tra pubblico e privato nell'ambito di quest'ultimo e le esigenze di stabilità del servizio pubblico. Tali questioni sono oggi rese ancor più attuali alla luce della necessità di conseguire, nello stesso tempo, un maggior grado di resilienza ed una maggiore efficienza nell'erogazione delle prestazioni a carico del bilancio pubblico attraverso un'evoluzione maggiormente concorrenziale delle modalità di partecipazione dei privati al SSN.

1 Cfr. A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE online*, 2020, 2, pp. 1453-1489.

2 Si vedano gli interventi indicati nella Missione 6 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Alla base di tale idea ci sarebbero perciò le esigenze del bilancio pubblico e il crescente fabbisogno delle prestazioni. In questa prospettiva, il ricorso al modello della “concorrenza per il mercato” viene dunque inteso come strumentale, attraverso la contendibilità dei tetti di spesa assegnati ai privati, alla riduzione dei costi delle prestazioni sostenuti dagli erogatori privati e, pertanto, in grado di permettere al settore privato di assorbire talune inefficienze prodotte dall'organizzazione pubblica.

Le previsioni della l. 118/2022 riguardanti il settore sanitario si collocano all'interno di questo scenario, in un quadro che si va delineando come caratterizzato da spinte contrastanti, laddove il potere di organizzazione della pubblica amministrazione è chiamato a fare i conti nello stesso tempo con la doverosità delle prestazioni, secondo il modello del contenuto minimo del diritto alla salute³, e con le esigenze dettate dalla razionalità economica⁴, per di più in presenza di una visione dei rapporti giuridici che caratterizzano l'organizzazione del SSN non priva di incertezze e steccati ideologici non facili da superare.

Le previsioni in questione hanno introdotto alcune novità in tema di tutela della salute che interessano il concorso fra pubblico e privato nell'erogazione dei servizi sanitari⁵ con l'obiettivo dichiarato di promuovere una maggiore

3 Per un approfondimento sul tema v., in questa rivista, F.G. ANGELINI, *L'amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, P.A. Persona e Amministrazione, n. 2-2021, pp. 271-317; nonché, A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, ora in *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVI, Torino, 2013; D. TEGA, *Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2014, p. 142.

4 F.G. ANGELINI, *L'amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, cit., pp. 315-317; v. anche P. CERBO, *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione tra legalità e autonomia*, in A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, pp. 507-540, <http://hdl.handle.net/10807/14577>.

5 Nel senso di ritenere tale concorso «provvisto di garanzia costituzionale» si rinvia a N. AICARDI, *La sanità*, in Trattato di Diritto amministrativo, S. CASSESE (a cura di), *Diritto amministrativo speciale*, I, *Le funzioni di ordine, le funzioni di benessere*, Milano, 2003, p. 415. Secondo l'autore, da un lato, gli artt. 41 e 43 Cost. consentirebbero di escludere che «per attività di impronta non esclusivamente economica, come l'assistenza sanitaria» si possa immaginare l'applicazione della disciplina sulle nazionalizzazioni; dall'altro, gli artt. 33 e 38 Cost. fornirebbero un espresso riconoscimento della libertà dei privati nella prestazione di servizi di «significativa rilevanza sociale come l'istruzione e l'assistenza». Secondo G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 93, la concorrenza tra pubblico e privato nell'erogazione dei servizi sanitari sarebbe altresì garantita costituzionalmente dal principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.

concorrenza nel settore mediante l'introduzione, ai fini della stipula degli accordi contrattuali di cui all'art. 8-quinquies del d.lgs. 502/1992, dell'obbligo del previo esperimento di una procedura di selezione tra soggetti (preventivamente) accreditati che dovrebbe svolgersi periodicamente e sulla base della pubblicazione di un avviso contenente criteri oggettivi di selezione che valorizzino prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni sanitarie da erogare.

Tale previsione, la cui reale portata innovativa potrà essere valutata solo a valle di un'analisi delle modalità attraverso cui ciascuna regione provvederà a darvi concreta attuazione, alla luce del quadro poc'anzi delineato, offre l'occasione per riflettere sulle altalenanti vicende che hanno caratterizzato la partecipazione dei privati nell'ambito del SSN e sul sistema di accreditamento-convenzionamento che, sino ad oggi, si è posto quale eccezione (pienamente giustificata ai sensi del diritto europeo) rispetto alla disciplina dei contratti pubblici e delle concessioni di servizi (d.lgs. 50/2016)⁶. In particolare, di fronte all'esistenza di molteplici paradigmi concorrenziali e all'esigenza di inquadrare la tutela della concorrenza nell'ambito del modello democratico sociale iscritto nella nostra carta costituzionale, la disposizione in commento porta ad interrogarsi non tanto sull'auspicabilità di una maggiore concorrenza nel settore sanitario bensì su quale tipo di concorrenza sia auspicabile in funzione tanto della tutela della salute quanto, nella prospettiva dell'art. 41 Cost. e dei Trattati, del limite

6 In questo senso la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che «l'accreditamento, quale titolo abilitante le appellanti all'erogazione delle prestazioni socio-sanitarie-assistenziali, colloca la relativa attività al di fuori della disciplina di cui al d.lvo n. 163/2006 (oggi d.lvo n. 50/2016), in quanto la specialità del sistema di accreditamento, incentrato sull'affidamento esclusivo ai soggetti accreditati delle prestazioni sanitarie non consente di applicare ai relativi rapporti contrattuali norme specificatamente formulate al fine di disciplinare rapporti (come quelli di appalto o di concessione extra-sanitaria) scaturenti da altri meccanismi di affidamento, di matrice concorrenziale» (Cons. Stato, Sez. III, 19 marzo 2018, n. 1739); v. anche, C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, Torino, 2020, pp. 140-141. In senso critico, V. PADOVANI, *La "concorrenza" in sanità tra staticità del fabbisogno assistenziale e discrezionalità amministrativa. I vincoli all'accesso dei nuovi erogatori. Nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 02/02/2021, n. 1043*, in *Federalismi.it*, 19 maggio 2021, il quale ritiene che «se, dunque, l'accreditamento, stante l'assoggettamento alla valutazione discrezionale dell'amministrazione precedente, è qualificabile, secondo la giurisprudenza prevalente, alla stregua del modello della concessione-contratto, tali rinnovi sono generalmente incompatibili con la ratio stessa della concessione, soggetta i principio eurounitari di concorrenza, trasparenza, libertà di stabilimento (artt. 49 e 56 TFUE)».

dell'utilità sociale e del necessario pluralismo degli operatori sanitari che è, a sua volta, condizione essenziale per il corretto svolgersi del processo concorrenziale.

Suggerendo l'adozione di un paradigma concorrenziale che, andando oltre il *more economic approach* di cui è spesso vittima la politica della concorrenza, recuperi la dimensione costituzionale che le è propria, il presente lavoro intende sollevare qualche critica in ordine all'efficacia delle selezioni di cui all'art. 15 della l. 118/2022 rispetto alle finalità proconcorrenziali poste a fondamento di tale riforma del settore. Nel fare questo – optando per una visione normativa della concorrenza⁷, in quanto ritenuta più in linea con il collocamento costitu-

7 Il riferimento è alla prospettiva di G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1997 come successivamente sviluppata in chiave filosofico-giuridica da O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations of European Competition Law*, Elgar, Cheltenham, 2017. L'ordinamento giuridico riconosce le libertà fondamentali, garantendo il loro libero esercizio e la loro tutela effettiva. Tuttavia, un ordinamento delle libertà è tale nella misura in cui l'esercizio di tali libertà è garantito a tutti i soggetti dell'ordinamento in modo che non possa mai diventare coercizione e imposizione sugli altri. Si pone perciò da un lato il problema del coordinamento di tali sfere di libertà (o di sovranità della persona) e, dall'altro, quello della legittimazione stessa del potere privato il cui esercizio – differentemente dal potere pubblico – non può eccedere certi confini producendo effetti su altri soggetti dell'ordinamento senza il consenso di questi ultimi. Il potere pubblico è invece attribuito, con riferimento alla sfera pubblica, a soggetti dell'ordinamento aventi determinate caratteristiche ed elementi di legittimazione proprio al fine di garantire le libertà e i diritti fondamentali della persona, proteggendo i singoli soggetti dell'ordinamento contro le aggressioni e le prevaricazioni altrui. Tale funzionalizzazione del potere pubblico rappresenta però anche il suo confine in quanto, in un ordinamento delle libertà, come al potere privato non è consentito comprimere le libertà degli altri senza il consenso di questi ultimi, anche il potere pubblico non potrà esercitare l'autorità – che ne è un suo connotato tipico – in modo da ledere i diritti e le libertà fondamentali della persona, comprimendone la sovranità oltre quanto necessario a garantire la pacifica convivenza e la loro effettività. Esattamente in questo aspetto starebbe, come evidenziato da Giuliano Amato, il dilemma della democrazia liberale: da un lato, come impedire che il potere privato diventi una minaccia alle libertà degli altri e, dall'altro, come impedire che il potere pubblico – la cui funzione è proprio quella di evitare che ciò accada – non assumi caratteristiche e forme tali da comprimere quelle stesse libertà e diritti fondamentali che dovrebbe proteggere, determinando così la stessa fuoriuscita dell'ordinamento dal quel modello democratico-sociale che caratterizza le cosiddette democrazie stabilizzate (per usare la felice espressione con cui Paolo Biscaretti di Ruffia descriveva quei Paesi i cui ordinamenti si fondano sulle ragioni del costituzionalismo). Una democrazia liberale intesa quale ordinamento delle libertà si sviluppa infatti entro determinati confini, il primo dei quali è rappresentato dalla sussistenza delle condizioni di legittimazione del potere privato (specie quello relativo all'esercizio della libertà economica) e, il secondo, da quella linea di demarcazione superata la quale deve ritenersi illegittimo il (legittimo) potere politico-amministrativo. Si tratta tuttavia di confini sempre contingenti, di opzioni opinabili e suscettibili di variazione a seconda del contesto culturale, economico e sociale di riferi-

zione del diritto alla salute quale espressione della sovranità della persona e, nello stesso tempo, banco di prova del principio di eguaglianza e strumento di promozione della coesione sociale – si proverà a fare il punto sul ruolo degli erogatori privati e sulla loro partecipazione al SSN e ci si soffermerà, in particolare, sulla difficile convivenza tra le esigenze di programmazione del fabbisogno di prestazioni sanitarie alla luce dei vincoli di bilancio e il riconoscimento del diritto di scelta degli utenti e, quindi, sull'esercizio della discrezionalità amministrativa in sede di accreditamento degli erogatori privati e di assegnazione del relativo tetto di spesa.

2. La concezione utilitaristica della concorrenza e il fondamento costituzionale della sua tutela giuridica nell'utilità sociale: critiche alla luce dell'art. 32 Cost.

Sebbene la tutela della salute rientri senz'altro tra i fini della Repubblica di cui agli artt. 2, 3 e 32⁸ della Costituzione, quest'ultima non delinea però uno specifico modello di attuazione del diritto alla salute, rimandando invece al legislatore e all'amministrazione il compito di trovare, a seconda del contesto socio-economico di riferimento e, in virtù del principio di legalità, dei vincoli giu-

mento. Il pendolo oscilla tra chi teme più il potere privato ed è propenso a combatterlo dando più spazio a quello pubblico e chi, all'opposto, teme più l'espandersi di quest'ultimo ed è per questo disposto a tollerare maggiormente quello privato. Nell'ambito di queste due diverse opzioni e delle loro possibili gradazioni si pone il ruolo della concorrenza nel contesto della democrazia liberale e, dunque, della circolarità tra la disciplina giuridica della concorrenza e la Costituzione, laddove la prima è chiamata a svolgere il ruolo di criterio ordinatore dei processi di scambio che si svolgono sulla sfera privata conformando alle sue regole anche quelli che si realizzano sulla sfera pubblica al fine di determinare un equilibrio tra ordine politico, ordine economico e ordine sociale.

8 La letteratura sull'art. 32 Cost. è sterminata. Per un approfondimento si rinvia a C. MORTATI, *La tutela della salute nella costituzione italiana* (1961), ora in ID., *Problemi di diritto pubblico nella attuale esperienza repubblicana*, III, Raccolta di Scritti, 1972, p. 436 ss.; L. CARLASSARRE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L'ordinamento sanitario*, 1, *L'amministrazione sanitaria*, Venezia, 1967, p. 111; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari*, in *Diritto e società*, 1981, p. 540; D. VINCENZI AMATO, *Sub art. 32, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1976, p. 105; M. CARTABIA, *L'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Monitor*, 29, 2012, p. 21 ss.; M. SICLARI, *La giurisprudenza costituzionale sull'art. 32, primo comma, Cost.*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, p. 3017 ss.

ridici esistenti, il punto di equilibrio tra uguaglianza e libertà⁹. La ricerca di tale equilibrio risulta altresì inevitabilmente condizionata dal processo di integrazione europea e da quel modello di intervento pubblico delineato dalla complessa disciplina dettata dalla costituzione (micro)economica e (macro)economica europea¹⁰ che vede il proprio baricentro nella relazione virtuosa tra diritti fondamentali e razionalità economica¹¹. L'attrazione ad opera dei Trattati nella sfera dei principi costituzionali, accanto ai diritti fondamentali, della razionalità economica e, in particolare, della concorrenza (sul fronte microeconomico) e della stabilità finanziaria (sul fronte macroeconomico) non risulta infatti affatto indifferente rispetto alle modalità attraverso cui il legislatore e l'amministrazione sono chiamati a dare forma organizzativa¹² e sostanza (cioè effettività) al diritto alla salute¹³.

9 E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, pp. 155-156 la quale rileva come «che tipo di funzioni debba svolgere tale apparato pubblico dipende dall'assetto dei rapporti che s'intendono costruire fra libertà della persona in materia di scelte sulla salute, uguaglianza; libertà della scienza e della ricerca; libertà d'iniziativa economica privata nel settore dei servizi per la salute». Sullo stretto nesso tra disciplina dell'organizzazione amministrativa ed effettiva tutela dei diritti costituzionali si rinvia a F.G. ANGELINI, *L'amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, cit., pp. 271-317.

10 K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, Cambridge, 2014, p. 13 ss. operano una convincente distinzione tra costituzione (micro) economica e (macro) economica europea evidenziando come «the European constitution consists of two layers: the microeconomic one, introduced by the Treaty of Rome and subsequently reinforced and developed by the ECJ, and the macroeconomic one, introduced by the Maastricht Treaty. [...] The microeconomic constitution of the Treaty of Rome relied on macroeconomic presumptions, such as price stability, which was to be achieved at the Member State level. It also exhorted Member States to heed the externalities of their economic policies: Member States were to consider their economic policies as a matter of common concern. Yet, no specific instruments for coordinating economic policies, comparable to present multilateral surveillance or excessive deficit procedures, were made available. The Maastricht economic constitution testifies to the continuing significance of the objectives of the microeconomic constitution for the macroeconomic layer. In Treaty provisions, the main principles of the microeconomic constitution have been made obligatory for monetary and economic policy too».

11 Sia consentito il rinvio alla prospettiva teorica proposta in F.G. ANGELINI, *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, Milano-Padova, 2020.

12 Come è stato osservato, «alla flessibilità costituzionale dei diritti sociali, e del diritto alla salute in particolare [...] si aggiungerà la flessibilità europea, determinata dalla introduzione di logiche concorrenziali fra sistemi nazionali di welfare sanitario. [...] Potrebbe profilarsi uno scenario modellato dall'evoluzione del diritto dei servizi d'interesse economico generale, in cui, come si è detto, la costruzione artificiale di un mercato concorrenziale è stata lasciata ad organi non politici, le autorità di regolazione, al fine di rendere uniformi le regole di apertura del mercato in tutto lo spazio giuridico europeo e sottrarlo alle decisioni della politica» (E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, cit., pp. 158-159).

13 Il riferimento è al «modello dell'amministrazione per fini pubblici – chiamata a garantire i diritti fondamentali della persona e, in tal modo, a divenire essa stessa mezzo di realizzazione dell'ordine giuridico della so-

Da tali considerazioni deriva che, in un contesto segnato da un crescente fabbisogno di prestazioni sanitarie, da risorse scarse e da un peculiare assetto organizzativo del servizio pubblico che vede la compresenza di erogatori pubblici e privati, una riflessione sulla rilevanza della concorrenza nel settore sanitario non può allora che muovere, da un lato, dal riconoscimento del rilievo costituzionale del diritto alla salute che, espressamente, l'art. 32, comma 1 Cost. riconosce come diritto dell'individuo e interesse della collettività, affidandone la tutela alla Repubblica, e dall'altro, da una preventiva verifica della possibilità di attribuire alla tutela della concorrenza un fondamento costituzionale e, una volta individuato, di saggiarne la compatibilità con lo stesso diritto alla salute.

Mentre sul rilievo costituzionale del diritto alla salute non può esserci alcun dubbio per effetto del suo esplicito richiamo all'art. 32 Cost., certamente più controversa, per le ragioni poc'anzi dette, è invece la relazione tra tutela della concorrenza e disciplina costituzionale¹⁴. Né l'ordinamento sovranazionale né quello interno, si preoccupano infatti di fornire una definizione normativa di "concorrenza", esponendo così tale nozione a diversi possibili approcci ricostruttivi sul piano filosofico e culturale¹⁵, prima ancora che economico e giuridico¹⁶, che finiscono inevitabilmente per incidere sul tipo di ruolo che può essere riconosciuto al mercato dall'ordinamento costituzionale e, con riferimento all'art. 32 Cost, alla concorrenza nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale.

cietà – [che] si pone perciò come l'esito necessario di questo dialogo razionale funzionale al massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona. Una dialettica che, condizionando il potere di organizzazione sul duplice piano della tutela dei diritti costituzionali e dell'efficiente allocazione delle risorse, coinvolge tutti gli attori della sfera pubblica, siano questi enti pubblici o soggetti privati, secondo la più ampia prospettiva offerta dagli artt. 114 e 118 cost. che collocano l'organizzazione pubblica, secondo una logica poliarchica e sussidiaria, in parte all'interno del perimetro dell'autorità e in parte al di fuori di esso, e cioè nella comunità" (F.G. ANGELINI, *L'amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, cit., p. 317).

¹⁴ G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. AINES, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, p. 11, secondo il quale tra diritto costituzionale e diritto della concorrenza non vi sarebbe una «relazione gerarchica che dal diritto europeo scende verso l'ordinamento nazionale, quanto piuttosto una relazione di tipo circolare».

¹⁵ Cfr. O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations of European Competition Law*, cit., p. 10 ss. e p. 35 ss.; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, cit.

¹⁶ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 2 ss.

Secondo la visione (meramente) utilitaristica della concorrenza¹⁷, quest'ultima dovrebbe essere oggetto di tutela giuridica in virtù della sua capacità di produrre effetti positivi sul benessere collettivo in termini di efficienza allocativa (*consumer welfare* o *total welfare*), di efficienza produttiva (attitudine delle imprese di combinare fattori produttivi in modo da contenere i costi di produzione e, dunque, trarre vantaggi competitivi) e di efficienza dinamica (capacità di innovare e migliorare continuamente la propria offerta di beni e servizi)¹⁸.

Il primo e il secondo concetto di efficienza si ricollegano, in particolare, alla teoria dei prezzi dell'economia del benessere e alla nozione di *consumer welfare* che rappresenta il paradigma tutt'ora dominante nel diritto della concorrenza. Tale approccio, sviluppato dalla Scuola di Chicago a partire dagli anni '70 del secolo scorso e caratterizzato dall'applicazione di complessi modelli matematici – quale risposta a quello che Robert Bork¹⁹ definì il paradosso del diritto antitrust il quale, caricato di molteplici finalità, finiva per nuocere alla stessa concorrenza e alla capacità dell'economia di produrre beni e servizi nel modo più efficiente possibile – individua nel benessere del consumatore²⁰ il principale obiettivo della politica della concorrenza, al punto da giungere a ritenere che persino condotte anticoncorrenziali implicanti concentrazioni di potere economico in senso monopolistico o di integrazione verticale, nella misura in cui sono in grado di condurre ad una riduzione dei prezzi e, dunque, di accrescere

17 O. ANDRIYCHUK, *Rediscovering the spirit of competition: on normative value of the competitive process*, EUI Working Papers, Law 2011/01, <http://hdl.handle.net/1814/15705>.

18 M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., pp. 30-31.

19 R. BORK, *The Antitrust Paradox*, New York, 1978; v. anche R.A. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Shughart, W.F. II, 1976.

20 L'economia del benessere risulta fortemente influenzata dalla filosofia utilitaristica di Jeremy Bentham. La "sovranità del consumatore" si verifica laddove, per effetto del gioco concorrenziale, le imprese sono spinte a ottimizzare la propria struttura dei costi e dei profitti fino al punto in cui il costo marginale eguaglia il profitto marginale. In questa condizione di sovranità del consumatore tutto il *surplus* generato nelle contrattazioni di mercato risulta allocato nella legittima sfera del consumatore finale. In presenza dell'ottimo paretiano, la somma del *surplus* del consumatore e di quello del produttore rappresenta il «*total gains from trade*»: ciò significa che, attraverso lo scambio, le parti hanno tratto il massimo beneficio possibile (v. H.N. BUTLER, C.R. DRAHOZAL, J. SHEPHERD, *Economics Analysis for Lawyers*, Durham NC, 2014, p. 73).

la sovranità del consumatore, risulterebbero compatibili con il principio concorrenziale.

Con riferimento al nostro ordinamento, una parte della dottrina²¹ ha evidenziato come anche tale approccio economico alla tutela giuridica della concorrenza si collochi in realtà in un preciso orizzonte politico-costituzionale “*definito dalla identificazione dell'efficienza economica con il benessere collettivo, visto a sua volta come l'unico obiettivo rilevante per la politica statale*”. Secondo tale tesi, l'efficienza economica (e la sovranità del consumatore), pur senza esaurire l'ambito dei diritti e interessi che la Costituzione riconosce ai cittadini e agli esseri umani in generale, rientra pienamente nella clausola dell'utilità sociale con l'effetto di legittimare anche sul piano del diritto costituzionale una visione utilitaristica della concorrenza, senza tuttavia negare la necessità di integrare tale visione con quella sociale e politica.

Il *more economic approach* è oggetto di pesanti critiche²² incentrate sul fatto che l'applicazione di tale paradigma nell'ambito del diritto della concorrenza – contrariamente a quegli obiettivi politico-costituzionali che, secondo una concezione normativa della concorrenza²³, ne giustificerebbero la tutela giuridica negli ordinamenti democratici, ponendo nel contempo anche precisi limiti al processo concorrenziale in funzione della preservazione della democrazia liberale – ha però in realtà prodotto un ampliamento del potere economico (*market power*), specie in relazione a quei settori interessati dallo sviluppo delle nuove tecnologie, e un contestuale incremento delle dinamiche collusive tra potere

21 M. MAINETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. AINES, G. PITRUZZELLA, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, cit., p. 56 ss.; v. anche I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, in *Federalismi.it*, 2020, 8, pp. 55-102, secondo la quale «la concorrenza può e deve trovare fondamento nell'art. 41, comma 2, Cost. perché è in questo fondamento che si ritrova la necessità che il legislatore, nel rispetto del diritto europeo, ne orienti la disciplina verso la realizzazione del benessere sociale, fine riconosciuto esplicitamente anche nel Trattato di Lisbona, ma soprattutto principio fondamentale dell'ordinamento nazionale. In quest'ottica, nuovi e diversi ambiti di riflessione ci si aprono, primo fra tutti un ripensamento della concorrenza come mero concetto di derivazione europea, per riacquistare la portata anzitutto costituzionale» (p. 102).

22 J.B. BAKER, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, Cambridge, 2019.

23 G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, cit., pp. 8-10.

economico e potere politico che, oltre ad avere effetti negativi sul piano economico, hanno portato all'insorgere di fenomeni populistici e un generale abbassamento della qualità dei processi democratici, contribuendo alla creazione e al consolidamento di rendite pubbliche e private.

Ulteriori critiche al *more economic approach* possono altresì essere mosse in relazione sia alla compatibilità di tale visione (meramente) utilitaristica della concorrenza con i Trattati UE, laddove quest'ultima non rappresenta affatto un "valore in sé", bensì – specularmente all'impostazione rinvenibile nella nostra Costituzione economica – uno strumento per la promozione dei valori di cui all'art. 2 TUE (dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto, rispetto dei diritti umani, tutela delle minoranze, preservazione di una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini), della pace e del benessere dei suoi popoli (art. 3, par. 1, TUE)²⁴; sia alla necessità, non solo di riconciliare il perseguimento dell'utilità sociale in termini di efficienza allocativa con l'efficienza dinamica²⁵ e con altri valori sociali e politici, ma di ricostruire il rapporto tra diritto della concorrenza e Costituzione secondo una visione circolare²⁶ – coerente con l'impostazione ordoliberal della tutela della concorrenza ed ancorata perciò ad una concezione normativa (piuttosto che utilitaristica) di quest'ultima – capace di collocare la sua tutela giuridica oltre che sul terreno dell'utilità sociale su quello della sovranità della persona²⁷ riconoscendo il suo

24 M. RAMAJOLI, *Concorrenza (Tutela della)*, in *Enc. dir., Funzioni Amministrative*, Milano, 2022, pp. 297-299; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., p. 2; O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations of European Competition Law*, cit., p. 273 ss.

25 M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., p. 41. Secondo l'Autore, «il bene giuridico "concorrenza" si può tradurre più nel concetto di efficienza dinamica dei mercati, integrato dalla tutela della effettiva libertà di scelta del consumatore, che non nel concetto di consumer welfare, inteso come entità analiticamente misurabile sul piano statico».

26 G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, cit., p. 11.

27 L'efficienza del mercato non implica necessariamente la democrazia e non sempre esso, pur presupponendo il riconoscimento delle libertà individuali, risulta compatibile con il concetto di sovranità popolare (e della persona). Al fine di comprendere come mercato e democrazia possano invece convivere e rafforzarsi a vicenda, nel pieno rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali degli individui, dando luogo ad un ordinamento delle libertà ispirato al principio coo-

contributo – quale principio procedurale della democrazia (ovvero criterio ordinatore degli scambi che avvengono sulla sfera privata e su quella pubblica) – alla preservazione dei valori democratici (libertà individuale e eguaglianza politica), della società aperta e pluralistica e dell'ordinamento costituzionale come ordine giuridico delle libertà, nonché alla costruzione dell'unità politica e della coesione sociale attraverso la razionale composizione o consapevole valorizzazione delle libertà individuali che si realizza attraverso procedure di confronto e di transazione condotte secondo la figurazione che ciascun protagonista dà liberamente dell'interesse di cui si fa portatore²⁸.

Differentemente dalla concezione normativa della concorrenza, che guarda ad essa quale elemento costitutivo dell'ordinamento democratico, non solo in funzione degli esiti sociali che i processi concorrenziali sono in grado di raggiungere bensì della loro capacità di promuovere coesione sociale sulla base di una specifica politica della concorrenza, quella utilitaristica – e dunque l'individuazione stessa del suo fondamento costituzionale nell'utilità sociale che include, sebbene non la esaurisca, valori economici come il benessere del consumatore – non sembra invece in grado di neutralizzare quella carica potenzialmente autodistruttiva e disaggregante insita nella dinamica competitiva²⁹ e che,

perativo del *mutual gains from joint commitment to rules*, è necessario che la struttura del mercato risulti orientata secondo un ordine concorrenziale, accogliendo una visione normativa (e non meramente utilitaristica) della concorrenza che, indentificando quest'ultima quale principio procedurale dell'ordinamento democratico fondato sulla libertà individuale e l'eguaglianza politica, rinvia al concetto di libertà di scelta (e, dunque, di sovranità della persona verso gli altri e verso lo Stato). Cfr. V.J. VANBERG, *Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy*, n. 4/10; J.M. BUCHANAN, *Economia positive, economia del benessere ed economia politica*, in Stato, mercato e libertà, Bologna, 2006, p. 103; S. VOIGHT, *Positive constitutional economics: A survey*, in Public Choice, 90, 1997, p. 11 ss. Nella prospettiva della *public choice*, il compito delle regole del gioco (regole costituzionali e subcostituzionali, secondo la nota classificazione di Buchanan) sarebbe quello di creare benessere sociale migliorando i meccanismi di cooperazione volontaria all'interno del processo politico-amministrativo, secondo lo schema del *mutual gains from joint commitment to rules* piuttosto che quello classico proposto dall'economia del benessere. Facendo cioè in modo che il benessere generato dallo scambio politico-amministrativo venga allocato in capo ai cittadini piuttosto che ai pubblici poteri, secondo la logica del “*surplus*” del consumatore.

28 Cfr. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, pp. 68-69.

29 G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, cit., p. 9.

sul piano dell'ordinamento costituzionale, rende necessario guardare al processo concorrenziale con sospetto, obbligando il legislatore a contrapporre ad esso ulteriori limiti di natura politica e sociale al fine di renderlo compatibile con il complesso dei valori e degli interessi costituzionalmente protetti.

La concezione utilitaristica della concorrenza non permette così di cogliere l'interdipendenza tra ordine economico e ordine politico³⁰ finendo per escludere una componente essenziale della dimensione politico-costituzionale alla tutela della concorrenza quale strumento in grado di preservare la struttura pluralistica del mercato, più che di conseguire esiti sociali corrispondenti all'ottimo paretiano, concorrendo al buon funzionamento della democrazia mantenendo la coesione sociale³¹ e una struttura libera e plurale della società³², entrambi presupposti dell'ordinamento democratico.

Una visione normativa della concorrenza, salva qualche rara eccezione³³, sembra purtroppo non aver avuto particolare seguito nel dibattito politico-costituzionale, laddove l'approccio prevalente della dottrina e della giurispru-

30 Si tratta dell'argomento forte della Scuola di Friburgo e dell'ordoliberalismo. Cfr. W. EUCKEN, *Das ordnungspolitische Problem* (1948), trad. it., *Il problema della politica dell'ordinamento*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Soveria Mannelli, 2012, pp. 25-66; F. BÖHM, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, in E.J. MESTMAKER (a cura di), *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Baden-Baden, 1980, pp. 53-104 secondo il quale tra la costituzione economica e la costituzione politica dello Stato di diritto e della democrazia parlamentare sussisterebbe un legame costitutivo e un rapporto di interdipendenza in forza del quale i mutamenti che si verificano su un piano si riverberano necessariamente sugli altri livelli interconnessi, modificandone struttura e funzione.

31 M. LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in *Persona e Mercato*, n. 1/2015, <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/01/Libertini.pdf>

32 G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995, pp. 39-41 che offre una ricostruzione del principio concorrenziale come funzionale al pluralismo competitivo tra privati. Cfr., nella prospettiva della teoria economica, V.J. VANBERG, *Democracy, Citizen Sovereignty and Constitutional Economics*, in *Public Choice and the Challenges of Democracy*, Edward Elgard, 2007, p. 101 secondo cui «*Democracy as a system of government is characterized by particular procedures for making policy choices and for choosing the operating rules of a policy, namely procedures that are supposed to promote the common interests of citizens and that derive their legitimacy from citizens' voluntary consent. This is what the characterization of democratic polities as "citizens' cooperative" or as "cooperative ventures for mutual advantage" is meant to express*». Nello stesso senso, O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations of European Competition Law*, cit.

33 G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, cit.; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, cit.; Id., *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, p. 15 ss.

denza si è incentrato esclusivamente sugli esiti sociali del processo concorrenziale³⁴, guardando perciò alla tutela giuridica della concorrenza rinvenibile nell'art. 41 Cost., da un lato, quale necessaria preconditione per l'esercizio della libertà di iniziativa economica, intesa cioè nel senso di libertà di accedere e rimanere sul mercato (dimensione soggettiva)³⁵; e, dall'altro, quale necessaria conseguenza di tale dimensione soggettiva, come una specifica struttura del mercato nella quale nessuno degli operatori è in grado di influenzarne le dinamiche (dimensione oggettiva)³⁶.

La scarsa attenzione alla dimensione politico-costituzionale della concorrenza quale criterio ordinatore dei processi di scambio che si svolgono sulla sfera privata e, nello stesso tempo, vincolo per quelli che si svolgono sulla sfera pubblica, è dipesa dal fatto che, diversamente da quanto avvenuto negli USA³⁷ e in Germania³⁸, nel nostro Paese i primi ad affrontare il problema della concorrenza da un punto di vista giuridico furono gli studiosi di diritto commerciale e, in particolare, Tullio Ascarelli³⁹. Per tali studiosi la radice del diritto della concorrenza era infatti rinvenibile nell'affermazione della generale libertà d'iniziativa economica, funzionale alla necessità di perimetrare all'interno dell'ordinamento giuridico uno spazio di autonomia nel campo dei rapporti di produzione e di scambio, il cui funzionamento è rimesso allo spontaneo meccanismo

34 V. Corte Cost., 10 giugno 1969, n. 97 secondo cui «fra questi limiti viene qui in evidenza quello connesso all'utilità sociale, alle cui esigenze deve essere subordinata la concorrenza, che indubbiamente il vigente sistema costituzionale non considera di per sé idonea a realizzare o a rispettare gli interessi della società».

35 F. GALGANO, *Rapporti economici*, in C. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, sub. art. 41, Bologna-Roma, 1982, p. 1 ss.; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Atti del Convegno, 6-7 maggio 1988, Milano, 1990, pp. 65-68; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

36 G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Milano, 1978, p. 88; A. PACE, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *Politica del diritto*, 1993, 2, pp. 329-330.

37 Per un'ampia ricostruzione in chiave storica v. A. LOLLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, p. 1942; cfr. anche R.J. PERITZ, *Competition Policy in America*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

38 Sia consentito il rinvio a F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare. Alcune implicazioni teorico-giuridiche del processo di integrazione europeo*, Napoli, 2020, pp. 81-133.

39 T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim di dir. e proc. civ.*, 1954, p. 873 ss.

di organizzazione della società civile. Il contenuto della tutela giuridica della concorrenza risulta dunque limitato alla mera tutela della libertà di accesso al mercato e, sotto altro profilo, nel dovere di non ostacolare il pieno spiegarsi del processo concorrenziale – salvi i limiti posti dall'ordinamento in relazione alla struttura dell'impresa e alla sua attività, alla proprietà intellettuale e industriale e alla concorrenza sleale – inteso quale mero fatto in grado di generare progresso economico quale suo esito naturale.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, l'interpretazione degli artt. 41 e 42 offerta dai commercialisti è rimasta ancorata ad una visione della tutela della libera iniziativa economica e della proprietà privata quali precondizioni del mercato concorrenziale, sebbene nello stesso tempo tali articoli non escludano affatto la possibilità che il regime concorrenziale possa venire del tutto pregiudicato dalla presenza di forme di monopoli legali come quelli previsti dall'art. 43, ovvero, di un numero elevato di imprese pubbliche operanti sul mercato.

Con riferimento alla disciplina codicistica della concorrenza sleale (art. 2598 c.c.) è interessante notare come l'elaborazione della dottrina commercialistica si sia via via evoluta verso una lettura del richiamo all'utilità sociale dell'art. 41, comma 2 capace di oggettivare la tutela della concorrenza quale interesse non solo degli operatori di mercato ma interesse generale e, dunque, principio di ordine pubblico economico con la conseguenza di ritenere che la stessa disciplina civilistica della concorrenza sleale si presti ad una tutela del mercato funzionale al perseguimento dell'utilità sociale. Laddove la concorrenza, quale contenuto implicito della libertà di iniziativa economica, nella prospettiva dell'interesse generale sarebbe perciò da ritenersi essa stessa disciplina degli operatori economici⁴⁰.

Il riconoscimento invece della rilevanza politico- costituzionale della disciplina della concorrenza da parte della letteratura giuspubblicistica arriverà solo dopo l'approvazione della l. 287/1990 quale conseguenza del processo di

40 R. FRANCESCHELLI, *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Milano, 1974.

integrazione europea. Tale dottrina, pur concordando sul fatto che il tema della concorrenza sia stato sostanzialmente assente nel dibattito sulla Costituzione, presenta tuttavia posizioni differenti in ordine alle cause di tale disinteresse, ritenendo imputabile tale atteggiamento all'assenza di un esplicito riferimento al mercato e, dunque, alla concorrenza nella Costituzione, dovuto ad una certa diffidenza da parte dell'Assemblea Costituente (*«quello che ne esce è una Costituzione economica, che si muove – come qualcuno ha scritto – tra neocorporativismo e larvato dirigismo e nella quale trionfa il mito del piccolo produttore autonomo, che si autoregola piuttosto attraverso la comunità dei produttori associati che non sul mercato; in un clima – come altri hanno notato – nel quale fra efficienza e giustizia sociale il privilegio va, almeno come simpatia sentimentale, alla giustizia sociale»*⁴¹), ovvero, all'interpretazione prevalente che avrebbe omesso un'interpretazione più liberale della Costituzione secondo cui, pur essendo del tutto legittimo l'intervento pubblico, si sarebbero invece potuti (e dovuti) evincere all'interno del testo costituzionale quei principi procedurali necessari per definire i *«confini invalicabili di ordine quantitativo a quel pur legittimo interventismo»*⁴².

L'art. 41 Cost., quale frutto di un compromesso in seno all'Assemblea Costituente tra forze politiche aventi visioni contrastanti, sancisce la libera iniziativa economica privata (comma 1) perimetrandola però entro il limite dell'utilità sociale, della tutela della salute, dell'ambiente, della sicurezza, della libertà e della dignità umana (comma 2) e prevedendo altresì la possibilità per il legislatore di determinare programmi e controlli al fine di indirizzare e coordinare tale libertà a fini sociali e ambientali (comma 3).

Secondo Natalino Irti tale previsione costituzionale dimostra che *«la Carta repubblicana ignora l'economia di mercato e, dunque, non contempla né relazioni vicende-*

41 G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *La Costituzione economica, Atti del Convegno, Ferrara 11-12 ottobre 1991*, Milano, 1997, oggi in ID., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2014, pp. 301-302.

42 G. BOGNETTI, *La Costituzione economica*, in *Atti del convegno dell'Associazione dei Costituzionalisti, Ferrara, 11-12 ottobre 1991*, Milano, 1997, p. 84 ss.; ID., *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, pp. 1-12.

voli tra imprenditori né relazioni tra imprenditori e consumatori [...] Il mercato non riceve né garanzie né tutele costituzionali; esso, quando c'è, viene consegnato alla disciplina del codice civile, a un regime, normativamente inferiore, che non tocca la concezione organica dell'economia nazionale»⁴³. Lo stesso monopolio, del resto, come ha evidenziato Giuliano Amato, non è visto dalla Costituzione «come un male in sé, ma come un male solo in quanto privato, giacché, ove esso vi sia, l'unico rimedio che la Costituzione prevede è quello di renderlo pubblico»⁴⁴ attraverso la nazionalizzazione del monopolio privato prevista dall'art. 43 Cost.

La letteratura giuspubblicistica, in assenza di un esplicito richiamo costituzionale alla concorrenza e di una piena consapevolezza in ordine alla funzione politico-costituzionale che quest'ultima svolge nell'ordinamento democratico, – quando non ha sostenuto la totale estraneità della concorrenza al nostro assetto costituzionale⁴⁵ e dunque la sua derivazione esclusivamente eurounitaria – continua in larga parte a ravvisare il fondamento costituzionale della tutela della concorrenza nel limite posto alla libertà di iniziativa economica dall'utilità sociale (comma 2) e nella possibilità di indirizzarla e coordinarla a fini sociali (comma 3). Lamentando, talvolta, una presunta incompatibilità tra la nuova Costituzione economica emergente alla luce del processo di integrazione europea⁴⁶ e il nostro paradigma costituzionale garantista, in ragione del fatto che la Costituzione economica europea avrebbe assolutizzato il ruolo del mercato e della concorrenza ponendosi, in tal modo, in contraddizione con gli obiettivi

43 N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit.

44 G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., p. 302.

45 Altra autorevole dottrina (S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000) ha invece evidenziato come proprio il richiamo all'utilità sociale e alla possibilità di sottomettere la libera iniziativa economica al perseguimento dei fini sociali starebbero a dimostrare il fatto che la tutela della concorrenza fosse in realtà qualcosa del tutto estraneo al nostro assetto costituzionale essendo stata quest'ultima recepita nel nostro ordinamento solo per effetto dello svuotamento della Costituzione economica nazionale ad opera della Costituzione economica europea.

46 O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, p. 117 ss.

sociali che invece caratterizzano la Costituzione economica nazionale, segnando un contrasto difficilmente sanabile.

Ciò che però rileva ai fini che qui interessano sono le conseguenze della persistente indeterminatezza circa il bene giuridico oggetto della tutela della concorrenza, le quali pongono inevitabilmente problemi anche con riferimento alla possibilità di delineare un mercato concorrenziale dei servizi sanitari capace non solo di convivere con il servizio pubblico universale ma, addirittura, di operare all'interno di quest'ultimo promuovendone l'efficienza attraverso le dinamiche della "concorrenza per il mercato" tipiche del settore degli appalti pubblici, ma preservando nello stesso tempo la coesione sociale e, più in generale, quei valori costituzionali non economici che contribuiscono al buon funzionamento dei processi democratici. Restituendo così a tale funzione del benessere il ruolo di infrastruttura sociale necessaria per lo stesso ordinamento democratico liberale.

L'analisi dell'art. 15 della l. 118/2022 impone perciò di operare una verifica preliminare in ordine alla possibilità di ritenere compatibile – e in caso di risposta positiva, entro quali limiti – il paradigma concorrenziale utilitaristico con l'art. 32 Cost. quale espressione, nello stesso tempo, di un diritto individuale e della collettività attraverso cui si realizza in concreto, nella dinamica tra libera determinazione dell'utente, intervento pubblico e iniziativa economica privata, l'esercizio della sovranità della persona nei confronti tanto dei pubblici poteri (sovranità popolare) quanto del mercato stesso (sovranità del consumatore).

3. Gli spazi dell'iniziativa economica privata nell'erogazione dei servizi sanitari tra libero mercato e servizio pubblico

La presenza dei privati nell'erogazione dei servizi sanitari rileva sul piano costituzionale alla luce di plurimi profili che vanno dalla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. fino al diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., passando per il principio di libera scelta da parte dell'utente e per le imperanti

esigenze di stabilità finanziaria che impongono ai pubblici poteri di assicurare la compatibilità del servizio pubblico con il principio di equilibrio dei bilanci e di sostenibilità del debito pubblico (artt. 81 e 97 Cost.).

Come è stato ampiamente evidenziato dalla dottrina⁴⁷, sebbene il diritto alla salute, quale diritto fondamentale della persona, presenti un collegamento strutturale con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, assegnando alla Repubblica significativi compiti nel settore della salute in adempimento dei propri doveri inderogabili di solidarietà sociale, esso non implica una riserva dell'erogazione dei servizi sanitari in capo alla pubblica amministrazione. Al contrario, proprio l'art. 41 della Costituzione e gli artt. 101 ss. del TFUE⁴⁸, in combinato disposto con i principi di adeguatezza, sussidiarietà e differenziazione di cui all'art. 118 della Costituzione, spingono per una visione dinamica che vede pubblico e privato, servizio pubblico e mercato, in rapporto di reciproca interazione⁴⁹ e costante mutamento in funzione dell'evolversi dei fabbisogni di salute, dei vincoli di natura finanziaria⁵⁰ e della costante revisione degli assetti organizzativi in funzione del massimo godimento possibile di un diritto fondamentale della persona quale è il diritto alla salute⁵¹.

Una volta chiarita in via preliminare l'inesistenza di una riserva costituzionale in capo ai pubblici poteri nell'erogazione dei servizi sanitari e rilevata, al

47 R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2020, p. 196; N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo speciale, I, Milano, 2003, p. 625 ss.; C. CORBETTA, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari. Contributo alla nozione di servizio pubblico*, Rimini, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *Pubblico e privato nella sanità*, Milano, 1990; C.E. GALLO, *Pubblico e privato nel servizio sanitario nazionale: i presidi sanitari privati*, in *Sanità pubblica*, 1997, p. 383 ss.

48 E. JORIO, *La salute e la Costituzione europea*, in *Sanità pubblica e privata*, 2006, 4, p. 5 ss.; C.E. GALLO, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, 3, p. 255 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi e le posizioni delle imprese private*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, 3, p. 929 ss.

49 Nel senso di ritenere l'esistenza di un vero e proprio diritto all'accREDITAMENTO in capo agli erogatori privati v. Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416.

50 V. MOLASCHI, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra Servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Foro amm. – TAR*, 2004, p. 1271 ss.

51 F.G. ANGELINI, *Amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, cit.

contrario, la natura necessariamente dinamica⁵² del rapporto tra pubblico e privato nel settore in questione, occorre ulteriormente sottolineare come gli spazi dell'iniziativa economica privata nell'erogazione dei servizi sanitari si sviluppino in due ambiti che presentano, sia sul piano strutturale e competitivo che su quello del regime giuridico applicabile, notevoli differenze.

Il primo, che interessa i privati non convenzionati con il SSN, è quello propriamente di libero mercato, nell'ambito del quale le strutture private esercitano liberamente – pur in presenza di una specifica regolamentazione pubblica e di un'attività di carattere conformativo posta in essere dai pubblici poteri a tutela degli interessi pubblici sottesi all'esercizio di tali servizi⁵³ – le attività sanitarie al di fuori di qualsivoglia legame con il servizio pubblico, in virtù di un titolo autorizzatorio rilasciato dall'ente competente ai sensi dell'art. 8-ter del d.lgs. 502/1992.

Il secondo, che interessa i privati convenzionati (o la quota parte di attività convenzionata) con il SSN, è invece quello in virtù del quale gli operatori privati erogano le prestazioni sanitarie non in regime di libero mercato bensì all'interno del perimetro del servizio pubblico (operando «per conto» e «a carico del Servizio sanitario nazionale»⁵⁴), risultando tali soggetti legati da un nesso di col-

52 R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 199, il quale sottolinea come «le procedure di selezione e di coinvolgimento degli operatori privati accreditati – e conseguentemente, la loro presenza, più o meno massiccia e qualificata, per quantità e qualità, nei modelli regionali – giocano un ruolo assolutamente generale e sistemico al punto da orientare e fortemente plasmare l'intero modello, in tutti i suoi gangli vitali e persino nei segmenti e negli angoli più riposti e periferici. E non solo sul versante della spesa sanitaria [...] ma anche per la straordinaria – e forse persino inattesa – capacità di rimodulare sul piano funzionale la presenza sul territorio delle principali strutture istituzionali del servizio pubblico (unità sanitarie locali e aziende ospedaliere) il cui ruolo, nel concreto al di là delle formule legislative, spesso enfatiche e suggestive, non potrà non risultare condizionato dal dispiegamento, nello stesso bacino di utenza, di una rete più o meno massiccia e attiva di operatori privati accreditati».

53 Dello stesso avviso, R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 205, il quale evidenzia come l'autorizzazione ex art. 8-ter del d.lgs. 502/1992 rappresenti un «provvedimento conformativo del diritto d'impresa, nel solco dell'art. 41, ultimo comma, Cost., non dissimile da tanti altri seppure qualificato dalla specialità e dalla natura sensibile degli interessi di vita coinvolti».

54 V. Cons. Stato, 10 febbraio 2021, n. 1252: «deve rilevarsi che l'attività sanitaria "per conto", in particolare, presuppone che la struttura privata, ai fini della realizzazione dei livelli di assistenza che fanno carico al SSN, instauri la relazione diagnostica o curativa direttamente con l'utente che la elegge, nell'esercizio di una sua libera facoltà di scelta, quale fornitrice della prestazione medica di cui abbisogna e che ha titolo all'ottenimento della stessa, ponendone il costo a carico del SSN: l'accreditamento, da questo punto di vista, legittima la

legamento funzionale ai pubblici poteri in forza del regime di accreditamento/accordo disciplinato dagli artt. 8-quater e 8-quinquies del d.lgs. 502/1992.

4. La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie tra libera concorrenza ed esigenze di programmazione

Nel nostro ordinamento, parlare di concorrenza nell'ambito dell'erogazione dei servizi sanitari, tanto nell'ambito degli spazi di libero mercato quanto del servizio pubblico, richiede tutt'ora alcune precisazioni in ragione della rilevanza costituzionale di tale funzione del benessere e del suo stretto collegamento con gli obiettivi democratico-sociali perseguiti dalla nostra Costituzione economica.

La questione, come è stato sottolineato da alcuni autori⁵⁵, non è di facile soluzione posto che l'evoluzione del sistema legislativo che interessa la materia sanitaria evidenzia un rapporto variabile e non privo di conflittualità tra i diversi interessi in gioco, tra i quali il diritto alla salute, la libertà di scelta del singolo utente, la libertà di iniziativa economica, il rispetto del livello delle prestazioni e la compatibilità finanziaria delle stesse.

Alla luce dell'assenza di qualsivoglia esplicito richiamo alla concorrenza nell'ambito della disciplina positiva, a fronte invece dell'affermazione, nelle fonti di rango primario, del principio della libera scelta del soggetto erogatore⁵⁶, quale diretta emanazione dell'art. 32 Cost., sembrerebbe lecito ritenere che nel settore dei servizi sanitari – coerentemente sia con le tesi che ricostruiscono la libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. non quale diritto asso-

struttura privata a "proporsi" quale esecutrice della prestazione medica e garante della sua diretta esecuzione, con il trasferimento degli oneri alla sfera pubblica».

55 C.E. GALLO, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, cit., p. 253.

56 Per una ricostruzione si rinvia a P. MASALA, *La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza e i suoi limiti. Una ricostruzione critica a partire dalla giurisprudenza europea in materia di "libera circolazione dei pazienti"*, in *Federalismi.it*, 26 novembre 2014.

luto bensì in funzione e nei limiti del perseguimento dell'utilità sociale⁵⁷, sia con la ricostruzione del diritto alla salute quale espressione della sovranità popolare⁵⁸ – la concorrenza venga promossa e tutelata non in quanto valore assoluto meritevole di tutela in quanto tale, bensì solo in quanto strumentale all'esercizio della libera scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie da parte del consumatore (nel caso di prestazioni non erogate dal SSN) e/o dell'utente (nel caso di prestazioni a carico del SSN) e pur sempre nel rispetto della programmazione e dei vincoli di finanza pubblica⁵⁹.

Intesa in termini di strumentalità rispetto all'esercizio del principio di libera scelta dell'erogatore, dovendosi altresì escludere qualsivoglia rilevanza sul piano dell'efficienza della spesa⁶⁰ alla luce dello specifico regime che disciplina la remunerazione delle prestazioni sanitarie sulla base di tariffe predefinite in via amministrativa, la tutela della concorrenza nel settore dei servizi sanitari non presenta dunque carattere assoluto⁶¹, dovendo essere temperata con altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse finanziarie disponibili.

57 Si v. in particolare, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 45 ss.

58 L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'Autorità*, Dir. Pubblico, 2013, p. 1 ss.

59 Cfr. Corte Cost., 26 ottobre 2012, n. 236 secondo cui «il diritto alla libertà di scelta del luogo della cura in tutto il territorio nazionale non ha carattere assoluto, dovendo essere temperato con altri interessi costituzionalmente protetti, anche in considerazione dei limiti oggettivi derivanti dalle risorse finanziarie disponibili (ex multis, sentenze n. 248 del 2011, n. 94 del 2009, n. 200 del 2005). Dunque, non è vietato al legislatore sacrificare la libertà di scelta del paziente, a condizione che il sacrificio risulti necessitato dall'esigenza di preservare altri beni di rango costituzionale, quale ad esempio un'efficiente ed efficace organizzazione del sistema sanitario».

60 Con riferimento a tale accezione della tutela della concorrenza quale strumento del benessere collettivo nell'ottica dell'efficienza economica si v. in senso critico M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in Quaderni costituzionali, n. 2/2019, p. 326.

61 In questo senso Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416 secondo cui la libertà di scelta «pur rafforzata per accentuare il regime di competizione cui devono essere sottoposte anche le strutture pubbliche, in una logica applicazione della qualificazione aziendale già attribuita» non è affatto illimitata perché la «libertà di scegliere da parte dell'assistito chi chiamare a fornire le prestazioni non comporta affatto una libertà sull'an e sull'esigenza delle prestazioni, restando confermato il principio fondamentale secondo cui l'erogazione delle prestazioni soggette a scelte dell'assistito è subordinata a formale prescrizione a cura del servizio sanitario nazionale».

Se con riferimento all'area del libero mercato – ferme restando le esigenze di pianificazione che anche in tale ambito rilevano a tutela del diritto alla salute e della stessa tutela della concorrenza⁶² – sembrerebbe pur astrattamente possibile parlare di concorrenza tra gli operatori privati nell'erogazione dei servizi sanitari al di fuori del SSN, secondo il costante orientamento della giurisprudenza, sarebbe invece improprio parlare di concorrenza nell'ambito della partecipazione dei privati all'erogazione del servizio pubblico. Ciò in quanto «il rapporto di accreditamento, a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa, non è strutturato in base a criteri di mercato, ma a criteri di servizio pubblico di erogazione delle prestazioni sanitarie a carico dell'erario pubblico»⁶³ con la conseguenza che «nel complesso sistema pubblico-privato, gli operatori privati accreditati sono soggetti accomunati dal raggiungimento di fini di pubblico interesse di particolare rilevanza costituzionale, qual è il diritto alla salute, e non semplici fornitori di servizi sanitari operanti in un ambito puramente contrattuale, come tale sorretto da principi di massimo profitto e di totale deresponsabilizzazione circa il governo del settore»⁶⁴.

62 Come recentemente evidenziato dal Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1589 «lo strumento di pianificazione, previsto dall'art. 8-ter, comma 3, d.lgs. 502 del 1992, assolve alla funzione di garantire la corretta distribuzione, sul territorio, delle apparecchiature in modo che siano adeguatamente servite tutte le zone, anche quelle a bassa redditività, che in mancanza di tale strumento non sarebbero coperte. Come la costante giurisprudenza di questo Consiglio non smette di ripetere, infatti, «il sistema, per essere in equilibrio, presuppone la garanzia di una certa redditività che discende dal contingentamento delle apparecchiature: ove vi fosse la liberalizzazione vi sarebbe una distorsione del mercato in quanto gli operatori economici che operano privatamente sarebbero indotti a moltiplicare gli impianti nelle zone a maggiore redditività, lasciando di conseguenza scoperte le zone meno remunerative, con pregiudizio per la popolazione ivi residente» (v., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 21 febbraio 2017, n. 792). Proprio per queste essenziali ragioni, che attengono non solo alla tutela della salute, quale irrinunciabile interesse della collettività (art. 32 Cost.), ma anche alla tutela della concorrenza, questa Sezione non può che ribadire come l'autorizzazione per la realizzazione delle strutture sanitarie e sociosanitarie, ai sensi dell'art. 8-ter, comma 3, del d. lgs. n. 502 del 1992, debba necessariamente – e si rimarca necessariamente – restare inserita nell'ambito della programmazione regionale, in quanto la verifica di compatibilità, effettuata dalla Regione, ha proprio il fine di accertare l'armonico inserimento della struttura in un contesto di offerta sanitaria rispondente al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di garantire meglio l'accessibilità ai servizi e di valorizzare le aree di insediamento prioritario delle nuove strutture (Cons. St., sez. III, 4 settembre 2017, n. 4187; Cons. St., sez. III, 11 ottobre 2016, n. 4190)».

63 Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2016, n. 2017, recentemente ripresa da Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824.

64 Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824; in senso conforme, Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529; 14 giugno 2011, n. 3611; 13 aprile 2011, n. 2290. Cfr. anche Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416.

Se di competizione (sebbene amministrata) si deve parlare in tale ambito occorre, infatti, piuttosto fare riferimento ad un concetto di “concorso”⁶⁵ tra erogatori pubblici e privati funzionale all’esercizio da parte dell’utente del diritto di libera scelta⁶⁶, inizialmente introdotto dal d.lgs. 502/1992 e nel tempo fortemente ridimensionato per effetto – in particolare ad opera del d.lgs. 229/1999 – della riconduzione di tale sistema nell’ambito della programmazione sanitaria⁶⁷.

Se il d.lgs. 502/1992, così come modificato dal d.lgs. 517/1993 e dalla l. 724/1994, aveva infatti inizialmente delineato un sistema potenzialmente aperto (non a caso detto di “quasi-mercato”), improntato sul diritto dell’assistito alla libera scelta dell’erogatore e sulla tendenziale equiordinazione degli erogatori pubblici e privati operanti nel perimetro del servizio pubblico, fondata sulla separazione tra i soggetti che governano e finanziano il servizio e quelli che erogano le prestazioni⁶⁸, come puntualmente evidenziato dalla dottrina, a tale

65 G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Bologna, 2012, p. 399; R. FERRARA, *L’ordinamento della sanità*, cit., p. 207.

66 In questo senso, sottolineando la profonda differenza tra il sistema delle tre “A” di cui al d.lgs. 502/1992 e l’affidamento in “service” dei servizi mediante procedure ad evidenza pubblica, si v. Cons. Stato, Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 1252, che rileva come «l’accreditamento – con le stringenti verifiche circa il possesso dei necessari requisiti organizzativi, tecnologici e qualitativi che il suo rilascio presuppone – è appunto funzionale a garantire che la scelta dell’esecutore della prestazione sanitaria da parte dell’utente finale avvenga a favore di soggetti preventivamente selezionati al fine di offrire le più ampie garanzie di idoneità, sicurezza e appropriatezza, tenuto conto del coinvolgimento nell’attività di un bene fondamentale quale la salute dei cittadini: tale verifica di idoneità, non potendo essere compiuta in maniera episodica dall’utente, viene infatti operata “a monte” e da parte dell’Amministrazione concedente, trovando espressione, appunto, nell’accreditamento della struttura sanitaria privata interessata ad agire nell’ambito del SSN ed ai fini del perseguimento dei suoi obiettivi».

67 Rileva in proposito C.E. GALLO, *La concorrenza nell’erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, cit., p. 253, «la prevalenza del settore pubblico, poi, è ancor più evidente nella disciplina successiva, allorché il meccanismo dell’accreditamento viene perfezionato, con l’introduzione di tre livelli: un primo livello, che è quello dell’autorizzazione sanitaria, indispensabile per qualsivoglia attività; un secondo livello che è quello dell’accreditamento, che significa riconoscimento della idoneità della struttura a poter operare a vantaggio del servizio sanitario nazionale, un terzo livello che è quello dell’accordo, e cioè dell’assegnazione a ciascuna struttura di un volume di affari effettuabile nei confronti del servizio nazionale. Con questo meccanismo viene in realtà introdotta e fatta prevalere l’esigenza di programmazione, e cioè l’esigenza che l’attività della struttura privata venga inserita nelle scelte di carattere programmatico compiute dall’amministrazione pubblica». Nel senso di ritenere ormai le prestazioni erogate in regime di accreditamento, sottoposte a programmazione e tetti di spesa, un sistema chiuso v. Cons. Stato, 30 agosto 2021, n. 6066.

68 Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2003, n. 499 e, più di recente, Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1589.

risultato non si è mai potuti giungere pienamente alla luce della «*commistione, in seno alle unità sanitarie locali, fra compiti e funzioni di programmazione, di governo, di finanziamento e di indirizzo-controllo e compiti di gestione concreta, ossia di erogazione di prestazioni sul territorio*»⁶⁹.

Il sistema inizialmente delineato dal d.lgs. 502/1992, fortemente incentrato sul riconoscimento del diritto di libera scelta da parte dell'utente⁷⁰ e sul rilascio dell'accreditamento agli operatori economici privati previo accertamento del mero possesso dei requisiti minimi richiesti per l'esercizio delle attività sanitarie e l'accettazione del sistema della remunerazione a prestazione secondo le tariffe predeterminate da ciascuna Regione, si presentava certamente come aperto e concorrenziale, ponendo tuttavia alcuni seri problemi di sostenibilità finanziaria in ragione del fatto che «*un numero di operatori non programmabile dal soggetto titolare del servizio (i presidi delle USL e tutti i soggetti esterni che avessero richiesto l'accreditamento) sarebbe stato abilitato ad erogare prestazioni automaticamente a carico del SSN e ciascuno di essi sarebbe stato indotto a fornire prestazioni di qualità elevata per attirare gli utenti e così accrescere la quota di risorse corrisposta dallo stesso titolare, commisurata alla quantità di prestazioni erogate*»⁷¹.

Tale sistema di quasi-mercato, aperto e concorrenziale, oltre a non essere mai stato compiutamente realizzato per le ragioni poc'anzi evidenziate, è stato poi definitivamente abbandonato – con l'avallo della giurisprudenza costituzionale⁷² – per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. 229/1999 che, nel ricondurre

69 R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 203; in senso conforme V. MOLASCHI, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra Servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, cit. e E. STICCHI DAMIANI, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi e le posizioni delle imprese private*, cit.

70 L'art. 6, comma 6, l. 724/1994 prevedeva infatti che «*la libera scelta da parte dell'assistito si esercita nei confronti di tutte le strutture e dei professionisti accreditati dal Servizio sanitario nazionale in quanto risultino effettivamente in possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente e accettino il sistema della remunerazione a prestazione*».

71 P. MASALA, *La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza e i suoi limiti. Una ricostruzione critica a partire dalla giurisprudenza europea in materia di "libera circolazione dei pazienti"*, cit., pp. 9-10; Cfr. N. AICARDI, *La sanità*, cit., p. 670.

72 Cfr. Corte Cost., 26 maggio 2005, n. 200; 2 aprile 2009, n. 94; 27 luglio 2011, n. 248.

l'intero sistema all'interno di valutazioni programmatiche ed organizzative discrezionali delle amministrazioni coinvolte, ha fortemente ridimensionato l'ambito di esercizio della libera scelta dell'utente (e, insieme ad essa, alla luce del noto principio secondo cui un eccesso di offerta genera un eccesso di domanda, i confliggenti profili di concorrenzialità del sistema) riservandone una tutela esclusivamente nei limiti della programmazione sanitaria e, dunque, di valutazioni discrezionali connesse all'analisi del fabbisogno e delle risorse disponibili cui è, non a caso, subordinato il rilascio dell'accreditamento e la sottoscrizione degli accordi *ex art. 8-quinquies* del d.lgs. 502/1992.

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale⁷³ si rileva, altresì, come le limitazioni della libertà di scelta dell'erogatore e della corrispondente limitazione della libertà di iniziativa economica da parte degli operatori privati risultano giustificabili nella misura in cui esse siano funzionali ad assicurare la continuità del soddisfacimento del diritto alla salute mediante il mantenimento di un servizio pubblico nell'interesse dell'individuo e della collettività e nell'adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà⁷⁴. Ne consegue, pertanto, che, al pari del principio di libera scelta, anche la promozione della concorrenza all'interno del servizio pubblico – la quale a sua volta, risulta strumentale tanto all'esercizio di tale libertà degli utenti quanto della libertà di iniziativa economica – dovrebbe ritenersi da un lato un interesse estraneo al contenuto essenziale del diritto alla salute e, dall'altro, sacrificabile in presenza di interessi antagonisti concernenti la preservazione e la sostenibilità nel tempo del servizio pubblico.

Anche dal punto di vista del diritto europeo occorre altresì rilevare come, secondo l'orientamento costante della Corte di Giustizia UE – pur valendo il principio generale secondo cui gli Stati, nell'esercizio degli ampi margini di discrezionalità riconosciuta dai Trattati in relazione all'organizzazione della sanità

⁷³ Cfr. Corte Cost., 26 maggio 2005, n. 200; 2 aprile 2009, n. 94; 27 luglio 2011, n. 248; 26 ottobre 2012, n. 236.

⁷⁴ P. MASALA, *La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza e i suoi limiti. Una ricostruzione critica a partire dalla giurisprudenza europea in materia di "libera circolazione dei pazienti"*, cit., p. 21.

pubblica⁷⁵, non possono introdurre o mantenere ingiustificate restrizioni all'esercizio delle libertà fondamentali⁷⁶ – l'introduzione di limitazioni alla libera prestazione dei servizi può risultare pienamente giustificata e compatibile con l'ordinamento eurounitario se sorretta da una ragione imperativa di pubblico interesse qual è *«l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti»* il quale *«può rientrare parimenti in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica, se un siffatto obiettivo contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute»*⁷⁷ e, più in generale, l'obiettivo di assicurare, nel territorio dello Stato membro interessato, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure sanitarie di qualità, ovvero, di garantire un controllo dei costi e di evitare ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane⁷⁸.

5. La natura del rapporto che regola l'erogazione delle prestazioni da parte dei privati accreditati, l'assenza di sinallagmaticità e il nesso accreditamento-accordo

La possibilità che le prestazioni sanitarie siano erogate anche al di fuori delle strutture sanitarie pubbliche risulta coerente con le origini del Servizio Sanitario Nazionale e, in particolare, con il fatto che ben prima della sua istituzione le sue funzioni fossero svolte da soggetti privati mossi dal perseguimento di finalità filantropiche. In epoca fascista, in funzione del perseguimento di obiettivi di salute pubblica, si è assistito ad una parziale pubblicizzazione del settore e, successivamente, nel tentativo di dare piena attuazione all'art. 32 Cost., con la l. 833/1978, all'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale il quale, pur determinando il definitivo superamento del sistema mutualistico a favore di un più ampio ruolo del pubblico secondo lo schema del servizio pubblico universale, non ha però escluso il privato dal novero dei potenziali soggetti erogatori,

75 CGUE, 5 dicembre 2013, C-159/12 e C-162/12; 17 giugno 1997, C-70/95.

76 CGUE, 11 settembre 2008, C-141/07; Id., 1 giugno 2010, C-570/07 e C-571/07.

77 CGUE, 11 dicembre 2014, C-113/13.

78 CGUE, 11 settembre 2008, C-141/07.

relegando tuttavia tale componente ad un ruolo sussidiario, a supporto cioè delle eventuali carenze degli erogatori pubblici.

La collocazione giuridica e fattuale dei privati nell'ambito del SSN risulta tuttavia non priva di incertezze alla luce della peculiare disciplina giuridica che regola l'attività di tali soggetti in modo da rendere compatibile la loro natura giuridica privatistica con il loro inserimento istituzionale, in forza del provvedimento di accreditamento, nel perimetro del servizio pubblico e dunque del loro concorrere all'espletamento di una funzione pubblica di assistenza sanitaria. Come è stato rilevato, infatti, le strutture private operano sul mercato nella loro qualità di imprese e, pertanto, per esse valgono le regole di diritto comune, sebbene il bene della vita di cui si discute e su cui si incide non manchi di determinare alcune inevitabili alterazioni delle tradizionali regolazioni giuridiche di natura sinallagmatica⁷⁹.

Ai sensi degli artt. 8-bis, 8-ter, 8-quater e 8-quinquies del d.lgs. 502/1992, ai privati è consentito erogare prestazioni sanitarie rientranti nel servizio pubblico alla duplice condizione del possesso dell'autorizzazione sanitaria (rilasciata previo accertamento dell'esistenza di requisiti di carattere organizzativo, igienico e tecnico-sanitario) e dell'inserimento del soggetto privato nel servizio sanitario, in regime di "concorso" con le strutture pubbliche mediante accreditamento e successiva sottoscrizione dell'accordo a mezzo del quale viene assegnato un *budget* inderogabile secondo le previsioni dell'art. 32, comma 8 della l. 449/1997.

L'autorizzazione disciplinata dall'art. 8-ter del d.lgs. 502/1992 rappresenta il provvedimento di primo livello necessario per l'esercizio di attività sanitarie ed è volto a verificare la sussistenza in capo all'erogatore privato di taluni standard strutturali e requisiti minimi di sicurezza e qualità delle prestazioni⁸⁰.

⁷⁹ R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 197.

⁸⁰ Corte Cost. 22 settembre 2022, n. 195 evidenzia come «il sistema sanitario, come riformato dal d.lgs. n. 502 del 1992 e poi significativamente rimodulato con il d.lgs. n. 229 del 1999, configura il rapporto pubblico-privato dell'offerta sanitaria secondo un sistema progressivo, in base al quale i soggetti che intendono erogare prestazioni sanitarie devono essere autorizzati e solo se autorizzati possono chiedere l'accreditamento

Trattasi, pertanto, di un provvedimento abilitativo a carattere discrezionale inquadabile nell'ambito dello schema delineato dal comma 3 dell'art. 41 Cost. al fine di contrastare fenomeni di esercizio abusivo della professione sanitaria, il cui possesso è prescritto sia per gli operatori che intendono operare all'interno del SSN sia per quelli che intendono erogare prestazioni in forma privata, secondo le regole del mercato.

L'accreditamento disciplinato dall'art. 8-quater e il successivo accordo *ex art. 8-quinquies* configurano invece una vicenda concessoria⁸¹ che implica l'esercizio di un potere ampiamente discrezionale consistente in un duplice vaglio di natura tecnica e di carattere politico programmatico, vincolato sia al fabbisogno sanitario che alle risorse disponibili⁸². In particolare, l'accreditamento istituzionale delle strutture private in possesso dell'autorizzazione di cui all'art. 8-ter si configura come quel provvedimento – a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa⁸³ – per effetto del quale si configura un nesso di collegamento organico e funzionale di servizio pubblico⁸⁴ a cui l'ordinamento «collega solo ed essenzialmente l'aspettativa del conven-

istituzionale, che li rende potenziali erogatori di prestazioni sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale. Ciò si realizza solo a seguito della conclusione di contratti con l'amministrazione, e nei limiti di spesa ivi previsti. [...] L'autorizzazione, disciplinata dall'art. 8-ter del d.lgs. n. 502 del 1992, si articola sul duplice versante della realizzazione della struttura e dell'esercizio dell'attività sanitaria. Essa è subordinata alla verifica, da parte della Regione interessata, della realizzabilità della struttura in relazione alla localizzazione territoriale, tenuto conto del fabbisogno complessivo di assistenza che considera anche le prestazioni extra livelli essenziali di assistenza (sentenza n. 7 del 2021), e al possesso dei requisiti minimi di tipo strutturale, tecnologico e organizzativo».

81 Coerentemente con la logica pubblicistica reintrodotta a seguito del d.lgs. 229/1999, logico corollario è «la costruzione dei rapporti e dei nessi di servizio pubblico che legano le strutture private convenzionate con il servizio sanitario nazionale alla stregua di concessioni di servizi pubblici, ossia facendosi ricorso al provvedimento amministrativo discrezionale per eccellenza, volendosi, in questo modo, marchiare a fuoco una vera e propria riserva di potestà e di attribuzioni che sarebbero imputabili alle strutture pubbliche della sanità, uniche e vere titolari del potere di gestione e di erogazione delle prestazioni a favore degli utenti» (R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 201).

82 Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, 11 novembre 2021, n. 7534; Sez. III, 6 settembre 2021, n. 6224; Cass, Sez. Un., 1 febbraio 1999, n. 15; Cass., Sez. Un., 12 luglio 1995, n. 7641.

83 Cons. Stato, Sez. III, 27 giugno 2022, n. 5230; Cons. Stato, Sez. III, 18 maggio 2022, n. 3917; Cons. Stato, Sez. III, 12 luglio 2021, n. 5245; TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 432; Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824.

84 Sotto altro profilo, il regime dell'accreditamento si differenzia profondamente dall'affidamento dei servizi mediante il contratto di appalto in quanto il primo «sembra essere il più congruente con la volontà di associare i fornitori alle responsabilità di una evoluzione dinamica di servizi che devono ga-

zionamento e non anche l'obbligo di erogare prestazioni per conto del SSN, posto che siffatto obbligo discende unicamente dal contratto con il quale l'amministrazione vincola il soggetto privato a concorrere ad assicurare i livelli essenziali e uniformi di assistenza sul territorio, nel quadro di una regolazione economica in cui le tariffe da rimborsare sono previamente fissate, così come il tetto massimo delle prestazioni erogabili⁸⁵. L'accordo contrattuale, che secondo alcuni sarebbe riconducibile alla figura del contratto di diritto pubblico⁸⁶, si pone dunque nella fattispecie di cui al d.lgs. 502/1992 quale atto conclusivo della procedura amministrativa che instaura il rapporto concessorio per effetto del quale gli erogatori privati sono ammessi ad erogare le prestazioni a carico del SSN.

Sebbene pur sempre astrattamente riconducibile ad un rapporto di tipo concessorio, secondo la più recente giurisprudenza contabile⁸⁷ non sarebbe però corretto ricondurre l'erogazione delle prestazioni a carico del SSN da parte dei privati titolari dell'accreditamento e dell'accordo *ex art. 8-quinquies* d.lgs. 502/1992 «alla mera “vendita”/acquisto di prestazioni sanitarie, traendo origine, anche dopo il passaggio dal regime del c.d. “convenzionamento” a quello del c.d. “accreditamento” sanitario, non da un contratto di diritto privato ma da una concessione amministrativa per l'espletamento di una funzione pubblica – l'assistenza sanitaria – di rilievo costituzionale, *ex art. 32 Cost.*» laddove, «la particolarità del nuovo regime, rispetto a quello preesistente e, in genere, rispetto alla natura ed alla disciplina delle concessioni, consiste nel fatto che si è passati ad un sistema di concessione *ex lege*, nel quale la disciplina dei singoli rapporti e l'individuazione dei diritti e degli obblighi delle parti non è più dettata nelle singole convenzioni ma è contenuta in via generale nella stessa legge pur con rinvii integrativi a norme di secondo grado o regionali [...]». Non v'è dubbio, però, che (così come accadeva in passato

rantire nel tempo una qualità intesa come costante adeguamento delle caratteristiche degli stessi al mutare delle esigenze degli utenti» (C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, Torino, 2020, p. 134).

85 TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 432; Cons. Stato, Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6372.

86 R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 206; in senso critico G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

87 Corte Conti, Sez. II, Giur. Centr. App., 21 aprile 2021, n. 123.

all'atto della stipula delle singole convenzioni) attraverso l'accreditamento sia demandata anche al soggetto privato in possesso dei requisiti richiesti dalla legge la realizzazione dell'interesse pubblico, di rango costituzionale, alla salute dei cittadini e che l'attività sanitaria esercitata dalla struttura o dal professionista accreditati si concreti nell'erogazione di un servizio pubblico, il cui esercizio è sottoposto, come riconosciuto dalla stessa ricorrente, al potere di direzione e di controllo dell'amministrazione ed è remunerato con risorse pubbliche. L'instaurazione del rapporto concessorio di accreditamento comporta, in buona sostanza, l'inserimento dell'accreditato, in modo continuativo e sistematico, nell'organizzazione della P.A. relativamente al settore dell'assistenza sanitaria».

Una volta rilevata la peculiarità di tali rapporti concessori, laddove l'accreditamento sarebbe riconducibile alla figura della concessione amministrativa e l'accordo *ex art. 8-quinquies* d.lgs. 502/1992 ad un contratto di diritto pubblico privo della sinallagmatica tipica dei negozi di diritto privato, occorre soffermarsi sul nesso esistente tra provvedimento di accreditamento e accordo contrattuale. Si tratta, in altri termini, di verificare l'autonomia di tali atti sotto il profilo della fattispecie concessoria in parola e, dunque, la loro effettiva scindibilità ai fini dell'introduzione di meccanismi competitivi tali da permettere la contendibilità dei *budget* regionali tra soggetti accreditati.

L'art. 8-quater del d.lgs. 502/1992 prevede che *«la qualità di soggetto accreditato non costituisce vincolo per le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale a corrispondere la remunerazione delle prestazioni erogate, al di fuori degli accordi contrattuali di cui all'art. 8-quinquies»*. Se, come è stato evidenziato dalla giurisprudenza, tale disposizione deve essere intesa nel senso che *«nessuna erogazione di prestazione sanitaria finanziariamente coperta dalla mano pubblica è possibile ove non sussista un provvedimento amministrativo di competenza regionale che riconosca alla struttura la qualità di soggetto accreditato e al di fuori di singoli, specifici rapporti contrattuali»*⁸⁸, essa non pare però legittimare letture tese a ritenere possibile l'apertura del sistema dell'accreditamento in favore di strutture private pure in assenza del successivo accordo.

⁸⁸ Cass., Sez. Un., n. 17591/2018.

Da un lato, una simile interpretazione farebbe venir meno il carattere concessorio del sistema, sganciandolo dall'analisi del fabbisogno e delle risorse disponibili, circoscrivendo il rilascio dell'accreditamento entro il perimetro del mero giudizio di idoneità tecnico-abilitativa; dall'altro essa si porrebbe in contrasto con l'espressa previsione del comma 2-quinquies dell'art. 8-quinquies che espressamente prevede che *«in caso di mancata stipula degli accordi di cui al presente articolo, l'accreditamento istituzionale di cui all'art. 8-quater delle strutture e dei professionisti eroganti prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale interessati è sospeso»*.

Una conferma in tal senso si rinviene anche nella recente giurisprudenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana il quale, nel sindacare una fattispecie di mancata contrattualizzazione di un erogatore privato già accreditato, richiamando l'orientamento più risalente espresso dal Consiglio di Stato (n. 4574/2013), ha avuto modo di rilevare l'esistenza di un vero e proprio *«diritto alla convocazione per la contrattualizzazione (laddove non vi ostino plausibili e giustificati impedimenti connessi all'esercizio della pianificazione regionale)»* con la conseguenza che *«la scelta dell'amministrazione regionale di impedire nei fatti (o di rendere estremamente difficoltoso) l'accesso alla contrattualizzazione deve essere dichiarata illegittima»* in quanto *«non vi è dubbio che una volta individuati i soggetti accreditati tali operatori devono essere messi in condizione di stipulare contratti con l'amministrazione non potendo la Regione rivolgersi a tempo indefinito solo ai soggetti che per anni hanno avuto accesso al mercato e fare riferimento solo al criterio della spesa storica che evidentemente avvantaggia solo coloro che operano in un mercato chiuso all'accesso di nuovi operatori»*, *«fermo restando infatti il tetto di spesa, la ripartizione dei budget tra i soggetti accreditati dovrebbe essere operata in base ad appositi criteri idonei a garantire condizioni di parità tra i soggetti»*⁸⁹.

Se, come correttamente sostiene il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, il soggetto accreditato vanta un'aspettativa giuridicamente tutelata non tanto al conseguimento del bene della vita consistente nell'attribuzione di un determinato *budget* di prestazioni da erogare agli utenti,

⁸⁹ CGARS, 5 giugno 2019, n. 520; più recentemente ripresa da CGARS, 23 luglio 2021, n. 745.

che rimane pur sempre rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione contraente, bensì alla convocazione per la stipula dell'accordo *ex* art. 8-quinquies, deve, da un lato, negarsi la possibilità per le amministrazioni regionali di provvedere all'accreditamento di un numero maggiore di erogatori privati rispetto alla programmazione dei fabbisogni e delle risorse destinate alla copertura degli stessi e, dall'altro, di conseguenza, dubitare che sia astrattamente configurabile la possibilità di operare, ai fini della selezione degli erogatori privati con cui stipulare gli accordi, una selezione competitiva tra più soggetti accreditati posto che ciascuno di essi, per il sol fatto di aver ottenuto l'accreditamento (fermo restando il potere di revoca di cui al comma 8 dell'art. 8-quater del d.lgs. 502/1992 in presenza di una capacità produttiva superiore al fabbisogno stimato ai fini del rilascio dell'accreditamento), vanta una aspettativa giuridicamente tutelata alla stipula del contratto e alla successiva erogazione delle prestazioni pur nei limiti di quanto assegnato alla singola struttura sanitaria.

La natura delle situazioni giuridiche vantate dai soggetti titolari dell'accreditamento rispetto alla successiva stipula degli accordi contrattuali e l'esistenza di un nesso di accessorietà esistente tra provvedimento di accreditamento e accordo *ex* art. 8-quinquies, evidentemente non considerata o sottovalutata dall'estensore dell'art. 15 della l. 118/2022, paiono tali – a parere di chi scrive – da mettere seriamente in discussione la loro compatibilità con il nuovo testo del comma 1-bis dell'art. 8-quinquies del d.lgs. 502/1992, nella parte in cui sembra subordinare la stipula degli accordi al previo esperimento di procedure competitive tra più soggetti accreditati, interessati ad aggiudicarsi una parte del *budget* regionale, secondo le logiche – che non rilevano, neppure in linea di principio e/o astratta, in relazione alle peculiari fattispecie concessorie rinvenibili nell'ordinamento amministrativo sanitario – più propriamente disciplinate dalla Direttiva 23/2014 e dalla normativa di recepimento (d.lgs. 50/2016).

6. (Segue): L'irrilevanza eurounitaria della fattispecie concessoria di cui al d.lgs. 502/1992 e l'esclusione dall'ambito di applicazione del d.lgs. 50/2016

Il sistema di accreditamento e convenzionamento illustrato nel precedente paragrafo – delineando un rapporto contrattuale conformato da finalità pubblicistiche, in virtù del quale mediante l'accreditamento l'offerta di prestazioni sanitarie da parte della struttura privata viene inserita nell'ambito della programmazione sanitaria pubblica, previa fissazione di tariffe remunerative e, attraverso la stipula degli accordi *ex art. 8-quinquies*, delimitazione del tetto massimo di spesa⁹⁰ – si pone, dunque, come una evidente deroga alla disciplina concernente l'acquisto dei servizi da parte della pubblica amministrazione secondo le regole dell'evidenza pubblica e, dunque, le previsioni del d.lgs. 50/2016.

Tale deroga, che trova giustificazione nell'irrilevanza di tale fattispecie concessoria sul piano del diritto europeo, rappresenta un ulteriore indice della sua peculiarità riconducibile in parte a ragioni di natura strutturale connesse all'operatività nell'ambito del servizio pubblico del principio di libera scelta dell'utente e, dunque, alla diversa dinamica attraverso cui si realizza l'erogazione delle prestazioni a carico del SSN, in parte alla non equiparabilità di tale fattispecie concessoria con la concessione di servizi disciplinata dalla Direttiva 23/2014⁹¹.

Sul piano del diritto positivo occorre evidenziare come proprio il paragrafo 13 delle premesse della Direttiva 23/2014 – conformemente a quanto in precedenza previsto dalla Direttiva 123/2006 (c.d. Direttiva Bolkestein) al paragrafo 22 e all'art. 2, comma 2, lett. f) – escluda espressamente dal proprio ambito di applicazione «i regimi in cui tutti gli operatori che soddisfano determinate condi-

90 C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, Torino, 2020, p. 137 ss. (in particolare p. 139).

91 *Contra* V. PADOVANI, *La "concorrenza" in sanità tra staticità del fabbisogno assistenziale e discrezionalità amministrativa. I vincoli all'accesso dei nuovi erogatori. Nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 04/02/2021, n. 1043*, in *Federalismi.it*, 2021, 13.

zioni sono autorizzati a svolgere un determinato compito, senza selettività, come i sistemi basati sulla libera scelta del cliente e i sistemi di buoni servizio [...] compresi quelli fondati su accordi giuridici tra l'autorità pubblica e gli operatori economici. Tali sistemi si basano generalmente su una decisione dell'autorità pubblica che definisce le condizioni trasparenti e non discriminatorie applicabili all'accesso continuo da parte degli operatori economici alla fornitura di servizi specifici, quali i servizi sociali, consentendo ai clienti di scegliere tra tali operatori».

Sul piano giurisprudenziale l'irrilevanza eurounitaria della fattispecie è stata invece più volte affermata motivando l'esclusione dall'applicabilità del d.lgs. 50/2016 del concorso dei privati all'erogazione delle prestazioni a carico del SSN sulla base del fatto che *«gli operatori economici interessati non sono selezionati dal “mercato” ma sono comunque quelli, e solo quelli, già destinatari di un provvedimento di natura concessoria, qual è l'accreditamento istituzionale, in forza del fabbisogno sanitario stabilito secondo le funzioni sanitarie individuate dal Piano sanitario regionale per garantire i livelli essenziali e uniformi di assistenza»*⁹².

L'estraneità dei rapporti concessori di cui al d.lgs. 502/1992 alla disciplina dell'evidenza pubblica e, in particolare, al d.lgs. 50/2016 trova altresì giustificazione nella peculiare natura pubblicistica della fattispecie concessoria in parola laddove le regole dell'accreditamento, da un lato, non sembrano permettere la configurazione di un “mercato” dei soggetti titolari dell'accreditamento in relazione al quale applicare, ai fini della stipula degli accordi *ex art. 8-quinquies*, le regole degli appalti pubblici; e, dall'altro, un regime che, sebbene astrattamente riconducibile alla concessione di pubblico servizio, si distanzia da quest'ultima in quanto *«il provvedimento di accreditamento sanitario neppure comporta l'attribuzione in sé e per sé di un vantaggio economico, dato che l'obbligo di erogare prestazioni sanitarie per conto del SSR, e il correlativo diritto di esigerne la remunerazione, discende*

92 Cons. Stato, Sez. III, 26 aprile 2022, n. 3183; Cons. Stato, Sez. III, 19 marzo 2018, n. 1739.

solo dal successivo contratto con il quale l'Amministrazione, previa definizione del budget, vincola il privato a concorrere ad assicurare i livelli di assistenza sul territorio»⁹³.

Laddove, peraltro, neppure l'accordo *ex art. 8-quinquies* – da ritenersi, contrariamente alla concessione di servizi di cui al d.lgs. 50/2016, comunque privo di natura sinallagmatica in virtù del divieto per le amministrazioni di corrispondere la remunerazione in relazione alle prestazioni eccedenti il budget assegnato – sembrerebbe suscettibile di applicazione del d.lgs. 50/2016 e della Direttiva 24/2014 in quanto funzionale non a configurare una relazione contrattuale a prestazioni corrispettive, bensì esclusivamente a fissare negozialmente il tetto di spesa assegnato all'erogatore privato, imprimendo così un vincolo di destinazione sulle risorse pubbliche e liberando l'erogatore privato da qualsivoglia obbligo in ordine all'erogazione di prestazioni eccedenti il tetto negozialmente stabilito⁹⁴.

7. La posizione critica dell'ACGM e i recenti richiami giurisprudenziali in tema di libertà di accesso al servizio pubblico

In questo contesto deve tuttavia registrarsi la posizione critica espressa in più occasioni dall'AGCM e, successivamente, recepita nella segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della l. 287/1990 inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri avente ad oggetto *«proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021»*.

Come si legge nella suddetta segnalazione, *«per garantire una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche e una maggiore libertà di scelta degli assistiti in termini di luogo di cura e di medico, si ribadisce la necessità di un intervento che aumenti le condizioni di concorrenza nell'accesso delle strutture private all'erogazione delle prestazioni sanitarie. Nel settore sanitario, l'apertura alla concorrenza deve, infatti, essere perseguita come strumento che, incentivando la libera scelta dei medici, assistiti e terzo pagante, consente l'alloca-*

93 TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 432.

94 In tal senso, *ex multis*, Cass., Sez. I, 19 marzo 2020, n. 7469; Cass., Sez. III, 29 ottobre, 2019, n. 27608.

*zione efficiente delle risorse, sia sotto il profilo dell'efficacia delle prestazioni sanitarie che sotto quello del rispetto del vincolo di spesa». Secondo l'AGCM l'apertura alla concorrenza «in grado di aumentare l'offerta dei servizi sanitari e la loro efficienza» dovrebbe realizzarsi: i) eliminando gli ostacoli che limitano l'accesso dei privati all'esercizio di attività sanitarie non convenzionate con il SSN (e dunque quello che è stato prima definito l'ambito di libero mercato); ii) riformando il sistema di accreditamento, eliminando il regime dell'accREDITAMENTO provvisorio; iii) prevedendo selezioni periodiche regionali ed adeguatamente pubblicizzate ai fini della sottoscrizione degli accordi *ex art.* 8-quinquies del d.lgs. 502/1992; iv) garantendo un'informazione piena sulle *performance* delle strutture pubbliche e private.*

Si noti che tale segnalazione fa seguito sia ad un parere (AS1522 – Regione Basilicata – Accreditamento delle strutture sanitarie) reso in data 18 aprile 2018, sia ad alcuni contenziosi promossi dall'AGCM nei confronti della Regione Basilicata e della Regione Puglia, nell'ambito dei quali veniva contestata la legittimità, nel primo caso, delle previsioni che impedivano la presentazione delle istanze di accreditamento nelle more della ridefinizione dei criteri di determinazione del fabbisogno delle prestazioni e, nel secondo caso, delle delibere che vincolavano il rilascio delle autorizzazioni *ex art.* 8-ter all'esercizio di un potere di pianificazione regionale.

Ciò su cui si sofferma l'AGCM nell'ambito di tali interventi è, da un lato, la prassi seguita da talune regioni di bloccare gli accreditamenti a tempo indeterminato in ragione della mancata mappatura del fabbisogno che, come tale, determinerebbe una ingiustificata barriera all'ingresso, consolidando in tal modo la posizione di quegli erogatori privati già accreditati e convenzionati nell'ambito del SSR; e, nel caso della Regione Puglia, la compatibilità con i principi e le regole UE del regime autorizzatorio configurato dalla normativa nazionale e regionale con riferimento al rilascio dei titoli per la costruzione di nuove strutture sanitarie e l'esercizio dell'attività.

Quanto alla prima questione, concernente la legittimità del blocco degli accreditamenti di nuovi erogatori privati, la posizione espressa dall'AGCM sembrerebbe essere stata recepita da alcuni recenti interventi giurisprudenziali nella misura in cui è stato affermato che *«il vizio di fondo della posizione regionale, nella interpretazione delle norme in materia e della loro “ratio”, è quello di considerare il fabbisogno regionale, statico e potenzialmente immutato per lungo tempo, quale condizione necessaria e sufficiente per “congelare” la situazione degli accreditamenti già concessi, e quindi precludere l'indizione dei bandi per l'accredimento; questi ultimi, in effetti, non possono essere considerati recessivi rispetto alla mera reiterata conferma dei soggetti già accreditati, giacché, al contrario, un sistema basato sulla sussidiarietà orizzontale tra operatori pubblici e privati accreditati non può sfuggire alle regole, operanti per qualunque settore del mercato, della concorrenzialità volta sia a valutare l'ingresso di nuovi operatori, sia a verificare periodicamente gli operatori già accreditati, sia, conseguentemente, a valutare eventualmente il livello, e gli eventuali necessari miglioramenti, dell'efficientamento e della razionalizzazione della rete. Non a caso, osserva ancora il Collegio, l'accredimento istituzionale ha durata limitata nel tempo, e cioè cinque anni; la rinnovabilità, pure consentita dalla legge regionale 32/2007, non è incondizionata bensì subordinata sia alle esigenze di programmazione, sia al rispetto di ulteriori requisiti orientati al miglioramento continuo della qualità dell'assistenza. Ciò è coerente con il principio per cui l'accredimento attribuisce al suo titolare una posizione concorrenziale di plusvalore rispetto agli altri operatori privati – definita dall'art. 8 quater D.Lgs. 502/1992 come “qualità di soggetto accreditato” – e dunque con il principio, da applicare anche in questa materia, per cui il mero, reiterato rinnovo dell'accredimento finisce con il rappresentare il consolidamento della stessa posizione di plusvalore concorrenziale a scapito della necessaria verifica, periodica e trasparente, della eventuale maggiore efficienza e qualità di soggetti aspiranti, alla luce della necessità che l'offerta sanitaria sia costantemente verificata, aggiornata e rinnovata»*⁹⁵.

95 Cons. Stato, 4 febbraio 2021, n. 1043; cfr. V. PADOVANI, *La “concorrenza” in sanità tra staticità del fabbisogno assistenziale e discrezionalità amministrativa. I vincoli all'accesso di nuovi erogatori*, in *Federalismi.it*, 2021, 13.

Tale posizione del Consiglio di Stato, nel suggerire l'introduzione di elementi di instabilità nel rapporto concessorio che si instaura con l'erogatore privato in funzione dell'esigenza di rendere contendibile – specularmente a quanto avviene in altri settori dell'ordinamento pubblicistico (es. appalti e concessioni) – l'accreditamento di nuovi soggetti potenzialmente interessati a erogare prestazioni a carico del SSN⁹⁶, superando di fatto l'esistente modello basato sullo stabile inserimento della struttura privata *«in modo continuativo e sistematico nell'organizzazione della pubblica amministrazione»*⁹⁷ e sul riconoscimento degli operatori privati non quali *«semplici fornitori di servizi sanitari operanti in un ambito puramente contrattualistico»* bensì quali soggetti accomunati dal raggiungimento di fini di pubblico interesse risultando in tal modo responsabilizzati circa il governo del settore⁹⁸, si presta a diverse critiche.

Da un lato essa si discosta da taluni condivisibili precedenti giurisprudenziali che, con maggiore equilibrio e capacità di bilanciamento dei diversi interessi in gioco, avevano evidenziato come *«se è vero che il regime dell'accreditamento limitato non può garantire “una rendita da posizione” e un inammissibile privilegio alle strutture già accreditate, come questo Consiglio ha già rilevato nella sopra citata sentenza n. 4574/2013, è anche vero che l'accesso di nuove strutture al sistema dell'accreditamento non può essere, a monte, aperto, incontrollato e indiscriminato, poiché in questa materia il cogente vincolo del fabbisogno, da un lato, e la impellente necessità di contenere la spesa pubblica, dall'altro, costringono necessariamente la logica concorrenziale e gli interessi particolari dei*

96 Nel senso di negare che l'accreditamento sanitario comporti l'attribuzione in sé per sé di un vantaggio economico, dato che l'obbligo di erogare prestazioni sanitarie per conto del SSR, e il correlativo diritto di esigerne la remunerazione, discende solo dal successivo contratto con l'Amministrazione, previa definizione del *budget* v. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 432.

97 Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2021, n. 783.

98 È proprio valorizzando tale aspetto, del resto, che la giurisprudenza ha potuto ritenere pienamente legittime le norme che, con effetto retroattivo, hanno tagliato i tetti di spesa e ridotto i corrispettivi per le prestazioni già erogate (cfr. Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416; Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2012, n. 3; Cons. Stato, Sez. III, 30 agosto 2021, n. 6066; Sez. III, 12 luglio 2021, n. 5245; Sez. III, 28 febbraio 2018, n. 1256; Sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529).

soggetti aspiranti all'accreditamento ad un ruolo subalterno rispetto alle specifiche e primarie esigenze della domanda sanitaria e ad un oculato regime di spesa»⁹⁹.

Dall'altro, essa sembra ispirata al perseguimento di un modello di promozione della concorrenza nel settore dei servizi sanitari che, per un verso, risulta estraneo al quadro normativo e al modello "politico programmatico"¹⁰⁰ che caratterizza il sistema vigente il quale, come rilevato in precedenza, non essendo «strutturato in base a criteri di mercato ma a criteri di servizio pubblico di erogazione delle prestazioni a carico dell'erario pubblico»¹⁰¹, tutela la concorrenza non quale valore assoluto ma in quanto funzionale all'esercizio della libera scelta dell'utente e, per altro verso, non trova giustificazione alcuna nell'ordinamento eurounitario¹⁰² se non nei limiti della generale esigenza di garantire che eventuali limitazioni all'esercizio della libertà economica risultino pur sempre ragionevoli e proporzionate rispetto all'interesse pubblico perseguito dal legislatore nazionale.

Sotto questo profilo, pertanto, ciò che merita di essere condiviso della posizione dell'AGCM e della tesi recentemente espressa dal Consiglio di Stato è semplicemente il fatto che le amministrazioni regionali sono tenute a rivalutare con cadenza regolare il proprio fabbisogno e, pertanto, a concedere nuovi accreditamenti alla luce di eventuali maggiori esigenze non coperte dall'attuale

99 Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2014, n. 3219.

100 Così Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2020, n. 2773.

101 Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2020, n. 2773; Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824; Sez. II, 11 dicembre 2019, n. 8412; Sez. III, 30 ottobre 2019, n. 7426; Sez. III, 23 luglio 2019, n. 5216; Sez. III, 13 agosto 2018, n. 4936; Sez. III, 18 luglio 2018, n. 4378; Sez. III, 20 giugno 2018, n. 3810; Sez. III, 19 marzo 2018, n. 1739; Sez. III, 22 gennaio 2016, n. 207.

102 Cfr. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 432 il quale rileva come «da quanto sopra esposto si evince che, allo stato attuale della legislazione vigente, né a livello statale né a livello regionale il rilascio del provvedimento di accreditamento sia subordinato all'esperimento di procedure ad evidenza pubblica di sorta o, men che meno, alla specifica disciplina introdotta dal d.lgs. 50 cit. A giudizio del collegio, tale situazione costituisce una legittima decisione degli organi sovrani della Repubblica Italiana, oltre che di quelli della Regione Lazio, che si fonda sull'applicazione delle suddette esclusioni dagli istituti pro-concorrenziali di matrice europea di cui all'art. 168, comma 7, TFUE, al punto n. 53, dir. n. 2014/23/UE e all'art. 2, comma 2, lett. f), dir. n. 2006/123/CE. Del resto, in materia sanitaria la rilevanza dell'interesse primario tutelato (diritto alla salute) e la diretta incidenza sulla finanza pubblica legittimano la prevalenza della regolazione pubblicistica rispetto alla tutela delle libertà economiche, cui il principio di concorrenza è strumentale».

offerta pubblico-privata e nei limiti delle risorse disponibili, risultando pertanto censurabili in sede di legittimità – e ferma restando l'ampia discrezionalità che connota l'esercizio del potere in questione – esclusivamente quelle situazioni di eventuale saturazione della maggiore domanda sanitaria ad opera dei soli operatori già accreditati, laddove tali da determinare una irragionevole e sproporzionata chiusura anticoncorrenziale del sistema e, più in generale, tali da porsi in contrasto con i principi dell'attività amministrativa.

Quanto alla seconda questione concernente l'auspicata abolizione dei vincoli esistenti ai fini del rilascio delle autorizzazioni *ex art. 8-ter* con riferimento al fabbisogno regionale, non recepita nell'ambito della l. 118/2022, deve invece rilevarsi come in questo caso il Consiglio di Stato – all'esito di un'ampia ricostruzione del quadro normativo vigente e della ricognizione dei diversi interessi in gioco – ha avuto modo di riaffermare il proprio costante orientamento secondo cui *«il legislatore, nel sottoporre anche il rilascio della mera autorizzazione sanitaria alla previa valutazione di compatibilità con la programmazione regionale, ha certamente privilegiato la tutela dei profili pubblicistici, ontologicamente connessi alla attività sanitaria, quali il diritto alla salute ed alla accessibilità a cure di standard qualitativo adeguato e, quindi, ha ritenuto che il vincolo della programmazione di tale attività fosse il mezzo più idoneo, da un lato, a garantire la equa distribuzione sul territorio di varie tipologie di centri di cura e, dall'altro, ad evitare il fenomeno di un'offerta di prestazioni sanitarie con alta remunerazione, che risulti sovradimensionata rispetto al fabbisogno effettivo della collettività e, quindi, dia luogo anche a processi di eccessiva concorrenza, che potrebbero portare ad una inaccettabile caduta del livello della prestazione sanitaria o, comunque, alla utilizzazione di tecniche non virtuose di orientamento della scelta dell'assistito, parimenti non compatibile con la tutela del diritto alla salute del cittadino»*¹⁰³.

L'analisi sin qui svolta della giurisprudenza amministrativa sembra, se non altro, rendere quantomeno lecito mettere in discussione la fondatezza

103 Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1589; in senso conforme, v. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 10 settembre 2018, n. 5310.

dell'apodittica affermazione dell'AGCM secondo cui l'introduzione dei suddetti elementi di concorrenzialità nell'ambito del SSN varrebbe (sempre e comunque) a garantire una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche e una maggiore libertà di scelta degli assistiti in termini di luogo di cura e di medico. A parere di chi scrive, piuttosto che chiedersi se sia lecito alla luce del quadro normativo vigente lasciare operare il principio concorrenziale all'interno del perimetro del SSN, occorrerebbe a questo punto soffermarsi su come poter modellare la disciplina del concorso degli erogatori privati all'erogazione del servizio pubblico in funzione degli obiettivi che si intende perseguire attraverso l'operatività della concorrenza alla luce del necessario bilanciamento tra valori economici e valori non economici richiesto dall'art. 32 Cost.

8. Le selezioni di cui all'art. 15 della l. 118/2022 tra rendite politiche, tentativi di recupero dell'efficienza attraverso gli erogatori privati e nuove rendite private

Nel contesto normativo sin qui descritto si pone dunque l'art. 15 della l. 118/2022 che, raccogliendo le recenti sollecitazioni dell'AGCM, nel tentativo di avviare il processo di riforme pro-concorrenziali nella sanità indicato nel PNRR, ha introdotto alcune modifiche all'attuale sistema di accreditamento e convenzionamento delle strutture private introducendo il principio (che spetterà poi alle singole regioni declinare in concreto) del previo esperimento di procedure selettive tra la fase di accreditamento e la stipula degli accordi *ex art. 8-quinquies* del d.lgs. 502/1992.

Il nuovo comma 1-bis dell'art. 8-quinquies del d.lgs. 502/1992, introdotto dall'art. 15 della l. 118/2022, disciplina cioè le modalità attraverso cui provvedere all'individuazione dei privati accreditati ai fini della stipula degli accordi contrattuali, prevedendo che tali soggetti *«sono individuati, ai fini della stipula degli accordi contrattuali, mediante procedure trasparenti, eque e non discriminatorie, previa pubblicazione da parte delle regioni di un avviso contenente criteri oggettivi di selezione, che valorizzino prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni sanitarie da erogare. La sele-*

zione di tali soggetti deve essere effettuata periodicamente, tenuto conto della programmazione sanitaria e sulla base di verifiche delle eventuali esigenze di razionalizzazione della rete in convenzionamento e, per i soggetti già titolari di accordi contrattuali, dell'attività svolta».

Tale disposizione mira così a dar vita ad un mercato tra le strutture sanitarie private accreditate con l'obiettivo di rendere contendibili le risorse del SSN e, dunque, di conseguire obiettivi di efficienza della spesa sanitaria. Essa, tuttavia, sembra far propria una visione meramente utilitaristica della concorrenza – secondo cui la contendibilità delle risorse del SSN tra soggetti accreditati risulterebbe funzionale al conseguimento, da parte del settore pubblico acquirente delle prestazioni erogate dai privati, del cosiddetto *surplus* del consumatore –, la cui compatibilità con l'art. 32 Cost. è stata già posta in discussione nelle pagine precedenti. Tale approccio, infatti, rischia di trascurare, da un lato, le possibili distorsioni del processo concorrenziale laddove non contenuto entro precisi limiti e, dall'altro, la segnalata multidimensionalità che la tutela della concorrenza è necessariamente chiamata ad assumere con riferimento al diritto alla salute in ragione della centralità costituzionale assunta dalla tutela di tale diritto fondamentale nell'ambito del nostro modello democratico-sociale.

Una maggiore concorrenza nel settore sanitario è certamente auspicabile in quanto potenzialmente funzionale sia all'incremento della qualità dell'offerta pubblico-privata attualmente esistente, sia ad una maggiore efficienza della spesa sanitaria, specie con riferimento agli erogatori pubblici. Occorre tuttavia intendersi, alla luce delle considerazioni svolte in precedenza, su quale visione della concorrenza risulti compatibile con l'art. 32 Cost. in funzione del raggiungimento di obiettivi che non possono essere solo economici ma di natura politico-costituzionale quali il massimo godimento possibile del diritto alla salute¹⁰⁴, la libertà di scelta dell'utente e la libera iniziativa economica nell'ambito dei servizi sanitari.

104 F.G. ANGELINI, *L'amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, cit.

A parere di chi scrive, occorre in altri termini evitare che la promozione di un malinteso principio concorrenziale nel settore sanitario possa risultare funzionale, piuttosto che alla promozione dei diritti fondamentali della persona e del principio di eguaglianza, ad alimentare rendite politiche¹⁰⁵ e, nello stesso tempo, in ragione delle distorsioni che il processo concorrenziale produce laddove inteso esclusivamente in funzione del conseguimento del *consumer welfare*, un consolidamento dell'offerta privata di servizi sanitari tale da generare rendite private¹⁰⁶ che, a loro volta, alimentano altrettante rendite politiche. Il classico circolo vizioso delle istituzioni estrattive¹⁰⁷.

105 Secondo la ricostruzione di G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, cit., p. 15 ss. le “rendite politiche” si articolano in due macrocategorie: la prima si riferisce alle rendite interne al (sub)sistema politico, derivanti dalle operazioni funzionali al funzionamento del sistema politico-amministrativo in senso stretto (es. i costi della politica, prestazione dei servizi politici); la seconda alle rendite politiche nel (sub)sistema economico, tra cui rientrano quelle percepite dalle persone occupate in impieghi connessi con la produzione, privata o pubblica, di servizi e beni di ogni altro genere, che non sono il corrispettivo di un'effettiva produttività misurata in base alle ragioni di scambio del mercato, ma rappresentano un premio assicurato mediante la costituzione di posizioni di speciale vantaggio per l'intervento diretto o indiretto dell'autorità politica, ovvero, quelle consistenti nella percezione di elargizioni da parte dello Stato o nel godimento di servizi forniti dallo Stato per i quali il percettore e l'utente non hanno pagato o non pagano un corrispettivo o quest'ultimo non copra l'intero costo del servizio. Secondo Boggetti, pur restando connaturale al modello democratico-sociale l'esistenza di tali rendite, in misura certamente superiore rispetto allo Stato liberale ottocentesco, sarebbe proprio l'eccesso di rendite politiche – specie della seconda categoria – a determinare distorsioni tanto sul terreno dei processi di mercato quanto su quello dei processi politico-amministrativi, creando disfunzioni tali da innescare quello che Acemoglu e Robinson hanno chiamato il «circolo vizioso delle istituzioni estrattive» che, dando luogo ad una indebita concentrazione del potere economico e di quello politico, rallentano lo sviluppo economico e sociale generando fenomeni di impoverimento e esclusione. Si verifica un eccesso di rendite politiche quando la loro presenza complessiva determina, non in via passeggera ma strutturale, uno sviluppo disordinato del sistema economico, per esempio in ragione dell'esistenza di forme di intervento pubblico tali da alternare il meccanismo di formazione dei prezzi di mercato o da falsare il gioco della concorrenza. Al fine di evitare tale eccesso di rendite politiche occorre allora che i pubblici poteri, nel correggere il mercato a fini sociali, assicurino uno sviluppo ordinato del sistema economico, garantendo l'operatività di un principio procedurale – come è appunto il principio concorrenziale e quello connesso della stabilità dei prezzi – in grado di preservare l'equilibrio del sistema economico e, con esso, il funzionamento dei processi politico-amministrativi di un ordinamento democratico che si regga sui principi della libertà individuale e dell'eguaglianza politica.

106 G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, cit., 9.

107 Ci si riferisce alla definizione di D. ACEMOGLU e J.A. ROBINSON (*Perché le nazioni falliscono. Alle origini di potenza, prosperità e povertà*, Milano, 2013), secondo cui le istituzioni “estrattive” conducono ad una realtà sociale fondata sulla creazione di monopoli e sullo sfruttamento delle rendite. In tal modo, le istituzioni estrattive riducono gli incentivi e la capacità di iniziativa eco-

Le previsioni della l. 118/2022, se interpretate dalle regioni in sede applicativa alla luce di una visione meramente utilitaristica della concorrenza anziché multidimensionale, rischiano infatti di innescare tale circolo vizioso in quanto si concentrano solo sul meccanismo dell'accreditamento-accordo previsto ai fini dell'erogazione dei servizi a carico del SSN introducendo meccanismi potenzialmente distorsivi della concorrenza che favoriscono le concentrazioni a discapito degli operatori privati di dimensioni più contenute e del cosiddetto privato sociale, rischiando di ridurre anziché aumentare la qualità dell'offerta dei servizi offerti dalle strutture private (a vantaggio di quelle pubbliche).

Un primo rischio, che emerge chiaramente dall'analisi delle norme in esame, è quello di scivolare verso una sorta di "appaltizzazione" della disciplina degli accordi contrattuali *ex art. 8-quinquies d.lgs. 502/1992* e dell'erogazione delle prestazioni a carico del servizio pubblico che, pur non richiesta dalle direttive europee¹⁰⁸, segna i presupposti per una fuoriuscita della fattispecie dall'alveo pubblicistico della concessione amministrativa e, secondo alcuni, più precisamente, della sovvenzione pubblica¹⁰⁹, nell'ottica di una ricostruzione che colloca il rapporto giuridico che lega il privato erogatore all'amministrazione sul binario della sinallagmaticità delle reciproche prestazioni con effetti nient'affatto trascurabili se sol si pensi alla possibilità per i privati di invocare, sulla base di tale argomento, l'applicazione dei principi civilistici in materia di rapporti negoziali a prestazioni corrispettive, per esempio in relazione alla mancata remunerazione delle prestazioni c.d. "*extra budget*".

Un secondo rischio, che in qualche modo discende dal primo, è poi riconducibile alla scelta del legislatore di collocare la "concorrenza" in sanità nella sola dimensione della "concorrenza per il mercato", preservando l'assetto

nomica trasferendo risorse dall'economia produttiva a quella della rendita. Al contrario, sarebbero qualificabili come istituzioni "inclusive" quelle che permettono, incoraggiano e favoriscono l'economia produttiva e la partecipazione dei cittadini ai processi decisionali pubblici, rendendo possibile a ciascuno il perseguimento dei propri interessi.

¹⁰⁸ Direttive UE nn. 23/2014, 24/2014 e 25/2014.

¹⁰⁹ V. Corte dei conti, Sez. II Giur. Centr. d'App., 21 aprile 2021, n. 123.

monopolistico del settore pubblico nell'erogazione delle prestazioni a carico del SSN e rinunciando – per evidenti ragioni connesse alle esigenze di bilancio – a dar seguito a quel disegno iniziale, tracciato dal d.lgs. 502/1992 e dalla l. 724/1994, che vedeva gli operatori privati – purché in possesso di determinati standard qualitativi – operare in regime di libero concorso¹¹⁰ e di libera scelta degli utenti, potendo beneficiare dell'erogazione di contributi pubblici (secondo le modalità disciplinate dal d.lgs. 502/1992) a parziale compensazione delle prestazioni erogate in favore degli utenti del servizio pubblico. Tale disegno, fortemente ridimensionato dai successivi interventi del legislatore fino al d.lgs. 229/1999¹¹¹, già in passato aveva dovuto cedere il passo ad un modello di concorrenza amministrata dettato dalla crescente esigenza di contenimento della spesa sanitaria, senza però mai giungere a porre in discussione l'assunto secondo cui tale sistema – benché riconducibile ad una fattispecie concessoria alla stregua del modello suppletivo di intervento dei privati nell'erogazione delle prestazioni introdotto dalla l. 833/1978 – fosse comunque da ritenersi un'eccezione alla disciplina dell'evidenza pubblica e, in particolare, del d.lgs. 50/2016.

Un terzo rischio, connesso alla scelta del legislatore – per molti versi inedita e distante da quella dinamica concorrenziale delineata dal d.lgs. 229/99 al fine di assicurare che il concorso tra pubblico privato si sviluppasse pur sempre all'interno della programmazione dei servizi sanitari – di ricostruire la partecipazione dei privati al SSN secondo le lenti della concessione di servizi e, dunque, della loro contendibilità nell'ottica della concorrenza per il mercato, è quello di finire per negare, se non in tutto almeno in parte, il carattere peculiare

110 E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, p. 35.

111 Con il d.lgs. 229/1999, il modello introdotto dal d.lgs. 502/1992 – con l'obiettivo di amplificare la libertà di scelta e la libertà di costituzione ed esercizio di servizi erogati dai privati, incentrato sull'attribuzione alla pubblica amministrazione di un potere vincolato di autorizzazione, vigilanza e accreditamento – viene corretto con il recupero dello strumento di programmazione del numero dei soggetti erogatori e delle loro attività e con la costruzione dell'accREDITAMENTO come atto discrezionale e non più vincolato.

del servizio pubblico in questione e dei rapporti giuridici di natura certamente pubblicistica che legano gli operatori privati a quest'ultimo.

Come si è già evidenziato, diversamente dallo schema contrattuale della concessione di servizi, l'offerta di prestazioni sanitarie, rientrando nell'ambito di una programmazione sanitaria, risulta infatti inscindibilmente connessa al preventivo accreditamento istituzionale delle strutture private, reggendosi su un rapporto di circolarità tra accreditamento e accordo contrattuale che, da un lato, è assoggettata a tariffe definite in base a criteri predeterminati dal legislatore statale e poi specificati a livello regionale e, dall'altro, risulta soggetta a un tetto massimo di spesa al superamento del quale – a conferma dell'assenza di sinallagmaticità nell'ambito del suddetto rapporto giuridico – non è prevista alcuna remunerazione in favore del privato¹¹², neanche a titolo di arricchimento senza causa.

La pregnanza dei rischi sin qui evidenziati è dettata dal fatto che le previsioni della l. 118/2022 si inquadrano in un contesto di tendenziale stabilità del finanziamento pubblico del SSN rispetto ad un fabbisogno crescente di prestazioni sanitarie e di una forte spinta inflattiva. Esse pertanto sembrano destinate ad impattare sugli attuali assetti dell'organizzazione del servizio sanitario, rimodulando i rapporti tra pubblico e privato nella direzione di un definitivo abbandono del modello del servizio pubblico oggettivo¹¹³ nel quale pubblico e privato compartecipano all'erogazione di quest'ultimo sulla base di una dinamica concorrenziale che vede pur sempre l'utente come decisore ultimo, a fronte invece di un rafforzamento dei profili soggettivamente pubblici del servizio a cui

112 L'erogazione della spesa sanitaria in favore degli erogatori privati «è rimessa all'ampia discrezionalità amministrativa, non vincolata alla qualità e quantità delle prestazioni effettivamente erogate, nel senso che non è finalizzata alla integrale copertura effettiva dei costi di gestione» (v. Corte dei conti, Sez. II Giur. Centr. d'App., 21 aprile 2021, n. 123 secondo la quale è proprio a partire da questo presupposto che diviene possibile configurare, in caso di inosservanza delle regole stabilite dal regime di accreditamento, un'ipotesi di responsabilità erariale da parte di soggetti formalmente estranei all'amministrazione danneggiata).

113 L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 1, pp. 43-70.

fa da corollario la contestuale apertura alle logiche di mercato sul fronte della selezione degli erogatori privati chiamati a supplire le carenze e le inefficienze degli erogatori pubblici, laddove però la scelta di tali operatori non è più rimessa in capo all'utente bensì in larga parte soggetta al filtro dell'amministrazione regionale, alla stregua di una comune stazione appaltante.

Se da un lato tale tendenza implicherebbe un deciso passo indietro sul fronte della sussidiarietà orizzontale, il cui ruolo equilibratore tra concorrenza e coesione sociale non sembra poter essere posto in discussione¹¹⁴, alla luce del peculiare sistema di remunerazione delle prestazioni sanitarie non pare che l'introduzione di elementi di contendibilità degli accordi *ex art. 8-quinquies* che gli erogatori privati concludono con gli enti del SSN possa dar luogo a strutturali risparmi di spesa per l'erario. Ciò, ovviamente, laddove non venga messo in discussione l'attuale sistema amministrato di remunerazione delle prestazioni sanitarie a favore dell'adozione di un meccanismo di formazione dei prezzi sul nuovo mercato creato dalla disposizione in commento.

Il superamento – sia esso realizzato consapevolmente ovvero quale indiretta conseguenza del mancato allineamento delle tariffe delle prestazioni all'inflazione reale – dell'attuale regime amministrato della remunerazione delle prestazioni erogate dai privati accreditati a carico del SSN con un meccanismo di formazione dei prezzi strutturato sulla base del modello della concorrenza per il mercato avrebbe quale conseguenza quella di innescare dinamiche anti-concorrenziali che, anziché ampliare la libertà di scelta dell'utente, la libertà di iniziativa economica nel settore sanitario e promuovere la sussidiarietà orizzontale, condurrebbero all'opposto e, dunque, ad una concentrazione dell'offerta privatistica dei servizi sanitari a vantaggio degli operatori più grandi, in grado cioè di realizzare quelle economie di scala necessarie a rendere sostenibile la contrazione delle tariffe e o il loro mancato adeguamento all'inflazione reale, nonché una potenziale riduzione della qualità dei servizi offerti a diretto van-

114 M. LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, cit.

taggio degli erogatori pubblici che potrebbero così consolidare la propria posizione privilegiata di erogatore nell'ambito del servizio pubblico.

Le attuali limitazioni alla libertà di scelta dell'erogatore sono giustificate dall'esigenza di programmazione su cui si regge l'intero sistema. Pertanto, è solo per effetto di un allentamento di tali vincoli finanziari e di una piena equiparazione tra operatori pubblici e privati nella prospettiva della sussidiarietà orizzontale¹¹⁵ che potrebbe derivare un incremento dell'offerta concorrenziale dei servizi tale da generare una maggiore libertà di scelta da parte dell'utente. Al contrario, l'introduzione di regole volte a rendere periodicamente contendibili i budget assegnati ai singoli erogatori privati, laddove non corrispondente, alternativamente, ad una ripermutazione dell'offerta pubblica esistente o ad un maggiore fabbisogno e dunque ad un ampliamento delle risorse disponibili, pare del tutto ininfluyente ai fini dell'esercizio del diritto in parola ed anzi tale da ridurre progressivamente il pluralismo degli erogatori privati nell'ambito del servizio pubblico e, con esso, gli spazi riservati all'esercizio della sovranità della persona.

Le considerazioni sin qui svolte portano dunque a ritenere che l'eventuale incremento delle dinamiche competitive all'interno del SSN – laddove si voglia adottare una visione normativa anziché utilitaristica della concorrenza, che a parere di chi scrive sarebbe l'unica compatibile con la posizione costituzionale occupata dal diritto alla salute – non possa che passare da un allentamento degli attuali vincoli finanziari di cui al d.l. 95/2012 funzionale ad un ampliamento della libertà di scelta dell'utente coerente con l'originario modello disciplinato dal d.lgs. 502/1992.

9. La necessità di un diverso paradigma concorrenziale per il SSN: la discrezionalità amministrativa tra efficienza allocativa e coesione sociale

115 G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 93.

Le perplessità sin qui esposte in relazione al tentativo dell'art. 15 l. 118/2022 di introdurre una maggiore concorrenza nel settore sanitario e i rischi che una non corretta definizione da parte delle regioni delle procedure attraverso cui si procederà all'individuazione dei soggetti privati che potranno stipulare gli accordi *ex art. 8-quinquies* del d.lgs. 502/1992, al fine di erogare prestazioni a carico del SSN, paiono in definitiva rinviare al sempre attuale interrogativo che connota l'intera riflessione di Feliciano Benvenuti circa la possibilità che l'esercizio delle libertà e dei diritti possa condurre gli uomini a dar vita ad assetti istituzionali estrattivi tali da finire per sopprimere le libertà fondamentali e la sovranità della persona.

A parere di chi scrive, per scongiurare tale rischio occorrerebbe guardare alla tutela della concorrenza riconoscendo la multidimensionalità di quest'ultima, cogliendo quindi pienamente il suo significato in termini non meramente utilitaristici ma anche normativi di criterio ordinatore degli scambi sociali che si realizzano sulla sfera privata e su quella pubblica funzionale alla salvaguardia di alcuni valori fondanti dell'ordine democratico-costituzionale.

Nel nostro assetto costituzionale, sulla scorta di quell'impostazione teorica che ricostruisce l'ordinamento democratico come ordine giuridico delle libertà¹¹⁶, una lettura normativa del principio concorrenziale – quale libertà di scelta, espressione della sovranità della persona e dunque diritto fondamentale di quest'ultima – sembra possibile alla luce del suo ancoraggio al principio della sovranità popolare di cui all'art. 1, laddove la sovranità della persona si esprime all'interno del complesso intreccio di diritti e doveri costituzionali espressione dell'art. 2 Cost. sempre in funzione della realizzazione dell'unità politica e della coesione sociale nelle forme e nei modi dell'art. 3 Cost.

In questa prospettiva, la tutela della concorrenza perde dunque quel carattere autodistruttivo e disaggregante rinvenibile nella sua concezione utilitaristica in virtù del riconoscimento della sua parzialità e, dunque, della necessità di

116 G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 61 ss.

un potere pubblico (“forte”, cioè impermeabile ai tentativi di collusione tra potere economico e potere politico¹¹⁷, ed “efficiente”, secondo il paradigma della *public choice* del «*mutual gains from joint commitment to rules*»¹¹⁸) chiamato a intervenire nell'economia e nella società non in chiave dirigista o costruttivista, bensì al fine di preservare nel tempo l'operatività del principio procedurale concorrenziale, da un lato, applicando la sussidiarietà orizzontale e, dall'altro, preservando il pluralismo economico e sociale quale condizione affinché, nell'ordinamento democratico-sociale, le libere scelte individuali possano raccordarsi in funzione di quel progetto di trasformazione economico-sociale delineato dai costituenti¹¹⁹, preservando il corretto funzionamento dell'ordinamento stesso.

117 Come evidenziato da G. AMATO (*Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, cit.) il diritto della concorrenza non fu inventato dagli studiosi del diritto commerciale, né dagli economisti (che pure contribuirono a fornirgli un retroterra culturale e, con il passare del tempo, a orientarne l'applicazione sul terreno dell'economia del benessere attraverso il ricorso a complessi modelli matematici). Il diritto della concorrenza ha, al contrario, sia negli Stati Uniti che in Europa, una fortissima radice politico-culturale che risiede nel tentativo di fornire una risposta a un problema centrale dell'ordinamento democratico: il potere privato, nascente dall'impresa espressione di una fondamentale libertà dell'individuo, privo di legittimazione e capace di attentare non solo alla libertà economica degli altri individui ma anche di influenzare i processi decisionali pubblici in ragione della sua forza prevaricatrice e delle sempre possibili collusioni tra potere economico e potere politico.

118 Il modello teorico elaborato da James Buchanan applica agli scambi che avvengono nella sfera pubblica il modello del *gains from trade*. Per cui, condizione per la loro efficienza è che essi siano in grado di generare *mutual benefit from exchange* il che, nella prospettiva della *public choice*, richiede regole tali che, se rispettate da tutte le parti, siano in grado di generare tali risultati. Nella prospettiva della *constitutional political economy*, tale paradigma viene dunque esplicitato con la formula *mutual gains from joint commitment to rules*, ad evidenziare come proprio il comune rispetto delle regole sia tale da generare benefici comuni (cfr. J.M. BUCHANAN, *The Economics and Ethics of Constitutional Order*, The University of Michigan Press, 1991, p. 81 ss. che lo spiega evidenziando l'attenzione «on the question of how people realize mutual gains by their voluntary joint commitment to rules»). Nella prospettiva della *public choice*, il compito delle regole del gioco sarebbe quello di creare benessere sociale migliorando i meccanismi di cooperazione volontaria all'interno del processo politico-amministrativo, secondo lo schema del *mutual gains from joint commitment to rules* piuttosto che quello classico proposto dall'economia del benessere. Facendo cioè in modo che il benessere generato dallo scambio politico-amministrativo venga allocato in capo ai cittadini piuttosto che ai pubblici poteri, secondo la logica del “surplus” del consumatore. Il paradigma della *constitutional economics*, diversamente da quello dell'economia del benessere, guarda dunque alla massimizzazione del benessere sociale non direttamente, mediante l'assegnazione di specifici obiettivi macroeconomici, ma indirettamente, attraverso la definizione di regole dei processi decisionali pubblici in grado di favorire la cooperazione volontaria tra i cittadini e lo Stato.

119 Cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit.

La soluzione recepita nella disposizione in commento, laddove prevede procedure competitive ai fini del convenzionamento, non pare invece in linea né con i cardini dell'impianto normativo vigente, né con la giurisprudenza amministrativa che afferma chiaramente che chi è accreditato non può non ottenere l'accordo (vantando una aspettativa giuridicamente tutelata in tal senso, fatta salva l'eventuale revoca dell'accreditamento). Essa si fonda su una erronea equiparazione del modulo organizzativo che vede la partecipazione dei privati all'erogazione dei servizi nell'ambito del SSN al sistema degli appalti/concessioni, laddove invece la giurisprudenza ha da tempo chiarito che la vicenda concessoria disciplinata dal d.lgs. 502/1992 configura una fattispecie peculiare che resta impermeabile¹²⁰, nei limiti di quanto evidenziato nel presente lavoro, rispetto ai principi e alle regole europee poste a tutela della concorrenza.

L'esigenza di promuovere la concorrenza nel settore sanitario evitando, come indicato dalla giurisprudenza amministrativa, la chiusura anticoncorrenziale del sistema, si riduce piuttosto all'esigenza di ribadire l'obbligo per le amministrazioni regionali di esercitare correttamente la discrezionalità di cui dispongono in relazione alle scelte organizzative connesse al funzionamento dei Servizi Sanitari Regionali. Ciò implica innanzitutto la necessità di modellare la propria organizzazione in funzione del massimo godimento possibile del diritto alla salute piuttosto che dell'espansione delle rendite politiche che, solo entro certi limiti, possono dirsi connaturali al (e dunque sostenibili per il¹²¹) modello democratico-sociale; e, in seconda battuta, l'obbligo di rivalutare periodicamente il proprio fabbisogno concedendo, nel rispetto dei principi di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza di cui alla l. 241/1990, nuovi accreditamenti alla luce di eventuali maggiori esigenze non coperte dall'attuale offerta pubblico-privata e nei limiti delle risorse disponibili, evitando in tal modo situazioni di eventuale saturazione della maggiore doman-

120 C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, cit., p. 137 ss.

121 Così G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, p. 15 ss.

da sanitaria ad opera dei soli operatori già accreditati, tali da determinare concentrazioni.

La promozione della concorrenza in funzione esclusivamente della riduzione dei costi sostenuti dagli operatori privati al fine di assorbire le inefficienze del settore pubblico non appare invece affatto coerente con la segnalata multidimensionalità della tutela della concorrenza in quanto non risponde pienamente né all'utilità sociale né alla sovranità della persona. Come è stato evidenziato, tale approccio utilitaristico alla concorrenza risponde esclusivamente a logiche di efficienza della spesa tralasciando l'esistenza di ulteriori valori e interessi che il principio concorrenziale dovrebbe essere in grado di promuovere nell'ambito del SSN, operando sul terreno della ripermimetrazione all'interno del SSN del ruolo degli erogatori pubblici e privati in un'ottica di una piena concorrenza imperniata sul diritto di scelta degli utenti, tale da innescare dinamiche che aumentino il pluralismo all'interno della componente privata promuovendo la sussidiarietà orizzontale, evitando talune situazioni di consolidamento del potere economico privato e le possibilità che quest'ultimo possa colludere con il potere politico generando situazioni che, in un ordinamento democratico, creano sempre disfunzioni rispetto ai fini perseguiti e producono effetti negativi sul corretto funzionamento dei processi democratici e in generale sui processi decisionali pubblici.

10. Riflessioni conclusive

L'analisi sin qui svolta sembra suggerire che, anziché rincorrere il mercato sul terreno di una maggiore contendibilità della possibilità per i privati di erogare prestazioni nell'ambito del perimetro del servizio pubblico, sia necessario superare quella visione contrapposta tra pubblico e privato che, oltre a non operare alcuna distinzione qualitativa all'interno di tale seconda componente, non ha sin qui consentito uno sviluppo sinergico e complementare delle due componenti erogatrici del SSN, determinando sia una staticità sul lato

dell'offerta dei servizi sanitari non in linea con l'evoluzione dei fabbisogni espressi dai territori anche luce degli attuali *trend* demografici, sia talune ingiustificate rendite di posizione a beneficio, a seconda dei casi, degli erogatori pubblici e di quelli privati.

Si tratta di un grave problema la cui soluzione, proprio alla luce dei bisogni crescenti di assistenza e della contestuale scarsità di risorse disponibili, non sembra passare – diversamente da quanto emerge dalla lettura dell'art. 15 della l. 118/2022 – per una maggiore concorrenza per il mercato degli accordi con il SSN e, dunque, per una marginalizzazione dell'offerta privata (specie quella sociale) ma, al contrario, per una diversa e più moderna *governance* del sistema.

L'affidamento ai privati dell'erogazione dei servizi sanitari in convenzione con il SSN secondo le logiche degli appalti pubblici o delle concessioni di servizi non pare rappresentare una soluzione a tale problema, determinando piuttosto dinamiche competitive in grado di indebolire sia la componente privatistica sia il servizio pubblico nel suo complesso. Tale soluzione, come si è detto, non la impone il diritto europeo che, anzi, pone un'esplicita eccezione con riferimento al settore sanitario, né tantomeno risulta compatibile con lo schema giuridico che regola nel nostro ordinamento la partecipazione dei privati al SSN, il quale privilegia al contrario una presenza istituzionale di tale componente erogatrice quale espressione di principi costituzionali quali la solidarietà sociale, il pluralismo, la sussidiarietà orizzontale oltre che della tutela della libera iniziativa economica.

In questa prospettiva emerge piuttosto l'esigenza di ridisegnare il perimetro del servizio pubblico privilegiando un modello di amministrazione oggettivata che permetta, da un lato, alle istituzioni pubbliche di governare l'offerta dei servizi sanitari in funzione della reale evoluzione dei fabbisogni di salute, allocando in modo efficiente le risorse e preservando l'universalità del servizio; e, dall'altro, a tutti gli erogatori di sviluppare un'offerta sinergica, qualitativamente

e tecnologicamente adeguata, in grado di cogliere le opportunità derivanti non solo dal collegamento tra ricerca accademica e assistenza clinica, ma anche dalle potenzialità offerte dal perseguimento di una strategia di sviluppo integrato dei servizi di prevenzione, di riabilitazione e per la terza età secondo i migliori *standard* internazionali. Perseguendo in tal modo il triplice obiettivo di migliorare il servizio pubblico, attirare nuovi investimenti e fare del SSN un'infrastruttura strategica in grado di fare da volano al settore immobiliare, agli investimenti energetici, al settore alimentare, e così via.

Ciò però non significa affatto rinunciare a perseguire l'efficienza allocativa nell'ambito del SSN e, dunque, preservare l'appropriatezza dei mezzi rispetto ai fini perseguiti; bensì, più semplicemente, individuare una modalità di perseguimento di tale obiettivo che possa risultare più coerente con la funzione istituzionale svolta dal SSN nell'ambito del nostro modello democratico-sociale.

Un esempio, nella direzione dell'efficientamento della spesa sanitaria e dei suoi assetti organizzativi, pur nel rispetto dei caratteri sociali e istituzionali che contraddistinguono il servizio sanitario, è rappresentato dalla proposta di istituire un'autorità indipendente per la valutazione delle *performance*, la cui attività dovrebbe supportare un progressivo processo di revisione delle attuali modalità di remunerazione delle prestazioni sanitarie, spesso inadeguate a coprire i costi di produzione e, in larga parte, disfunzionali rispetto agli obiettivi universalistici su cui si regge il SSN. Si tratta di una proposta che sembra cogliere nel segno, pur richiedendo alcune ulteriori precisazioni.

Sebbene tale attività di valutazione delle *performance*, interessando tutti gli erogatori (pubblici, privati no profit e privati for profit), contribuirebbe a superare quella disparità di trattamento che, ancora oggi, caratterizza il sistema, non si può fare a meno di evidenziare come la definizione degli *standard* prestazionali non possa essere delegata ad un'amministrazione tecnica, non soggetta al controllo democratico. Essa, alla luce della rilevanza costituzionale del servizio

sanitario, richiederebbe quale necessario contraltare un rafforzamento del ruolo di programmazione e di definizione *ex ante* delle politiche sanitarie da parte di amministrazioni legittimate democraticamente quali il Ministero della Salute e le Regioni.

L'attuazione di tale proposta richiederebbe un evidente cambio di passo in relazione alle modalità con cui le amministrazioni sanitarie, pur con significative differenze regionali, hanno sin qui affrontato i problemi dettati dal necessario bilanciamento tra diversi principi e valori costituzionali, privilegiando un approccio qualitativamente diverso rispetto alla tradizionale ricerca del consenso attraverso le cosiddette rendite politiche.

In altri termini, occorrerebbe (non meno ma) più discrezionalità nella selezione degli obiettivi e nell'allocazione delle risorse finanziarie necessarie al loro perseguimento e, nello stesso tempo però, al fine di contrastare le rendite politiche, più oggettività, più partecipazione in fase di esercizio dei poteri di programmazione e più trasparenza nella valutazione delle *performance* al fine di indirizzare correttamente il sistema verso il raggiungimento degli obiettivi di salute pubblica costituzionalmente garantiti e funzionali all'attuazione del nostro paradigma garantista, attraverso il contrasto a quelle sacche di inefficienza che persistono nel SSN e l'attrazione di nuovi investimenti, sia mediante il corretto impiego delle risorse del PNRR sia creando le condizioni per una sempre maggiore movimentazione delle risorse private verso il SSN e, più in generale, la filiera delle *life sciences*.

PAOLA PIRAS

Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi di Cagliari, Dipartimento
di scienze politiche e sociali

ppiras@unica.it

**L'AMMINISTRAZIONE DIGITALE TRA DIVARI E DOVERI.
“NON CAMMINARE DAVANTI A ME, MA AL MIO
FIANCO”**

**THE DIGITAL ADMINISTRATION BETWEEN GAPS AND DUTIES.
“WALK NOT IN FRONT OF ME, BUT BESIDE ME”**

“Non camminare davanti a me, potrei non seguirti”.
(A. Camus, Saremo leggeri, Milano, Bompiani, 2021)

*Un diritto non è efficace di per sé ma solo attraverso l'obbligo cui esso corrisponde...
C'è obbligo verso ogni essere umano, per il solo fatto che è essere umano.*
(Simon Weil, La prima radice. Preludio ad una dichiarazione dei doveri verso l'essere umano,
Milano, Mondadori, 1990, 13-14)

*«... i doveri dei paesi ad alto livello superano di gran lunga i diritti.
Credo che soltanto se riusciremo a promulgare, a diffondere l'importanza dei doveri umani, ci sarà un futuro per
l'umanità».*
(Rita Levi Montalcini, Trieste, 1991)

SINTESI

In questo lavoro l'Autrice riflette sul processo di transizione digitale della p.a e sulla relazione innovazione, diritti e nuove disuguaglianze. Particolare attenzione è dedicata al rapporto diritti /doveri e all'importanza di interventi utili al fine di contenere le disuguaglianze, in linea con il principio costituzionale di uguaglianza, con i diritti di cittadinanza digitale e i principi europei di solidarietà, integrazione, giustizia e inclusione sociale.

ABSTRACT

In this paper the Author focuses on the Public Administration digital transition, innovation, rights, and new disparities. Particular attention is dedicated on the relationship between rights and duties, and on the importance to contain inequalities, in line with constitutional principle of equality, digital citizenship

rights, and European principles of solidarity, integration, social justice, and inclusion.

PAROLE CHIAVE: Transizione digitale, innovazione, diritti, doveri, diseguaglianze.

KEYWORDS: Digital transition, innovation, rights, duties, inequalities.

INDICE: 1. Premessa. Il dialogo tra diritti e doveri. - 2. Innovazione, diritti e nuove diseguaglianze. - 3. La persona al centro. 4. I diritti come briscole: il dovere di avere doveri.

1. Premessa. Il dialogo tra diritti e doveri

La transizione digitale e, dunque, il conseguente rapporto tra diritto amministrativo e società digitale stimola riflessioni sulle potenziali nuove diseguaglianze, per capire come arginarle e fare in modo che attività e organizzazione della pubblica amministrazione siano veicolo di azioni positive funzionali a porre il cittadino al centro, senza alimentare nuovi divari e, anzi, riducendo quelli già esistenti.

Il tema, naturalmente, impone un approccio che vada oltre il mero uso del “linguaggio per... influenzare il diritto positivo a vantaggio di classi di soggetti”¹, ma molto di più: ricerca dell’azione che “vada oltre le parole”² e diventa un modello.

Sotto il profilo metodologico si intende qui privilegiare la chiave diritti/doveri quale filo rosso della riflessione su amministrazione digitale e diseguaglianze al fine di evidenziare come concentrare l’attenzione sui nuovi diritti conseguenti alla transizione digitale abbia, in qualche misura, contribuito a distogliere l’attenzione dall’esistenza di altrettanti precisi doveri in capo all’Amministrazione. Dunque dal costante dialogo diritto-dovere e dalle imprescindibili azioni positive e di controllo in capo ad un’Amministrazione che possa definirsi efficiente e funzionale ad attuare il principio di buona amministrazione.

1 U. SCARPELLI *Diritti positivi, diritti naturali: un’analisi semeiotica*, in S. Caprioli-F. Treggiari (a cura di) *Diritti umani e civiltà giuridica*, Centro studi giuridici e politici, Perugia, 1992, 31-44 e U. Scarpelli (a cura di) *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976

2 M. OAKESHOTT, *The Voice of Liberal Learning, On Education*, T. Fuller, YUP, London 1989

Quali le ragioni? L'impegno a favore del riconoscimento dei diritti impone di muovere da una valutazione profonda del principio di uguaglianza, dalla sua intrinseca storicità semantica³: osservare per "vedere" tutte le disuguaglianze⁴ (nella loro molteplicità e trasversalità, nella concatenazione di ricadute); lavorare per rimuoverle. Adempiere i doveri, sia dei singoli che delle istituzioni.

Significa guardare al significato originario dei diritti costituzionali e al rapporto con il dovere per fare in modo che "la relazione tra l'uomo e la società in cui vive sia protetta al massimo grado"⁵: in quanto la comunità può dirsi il luogo dei doveri verso la collettività⁶.

Solo il corretto equilibrio tra diritti e doveri soddisfa l'eguale diritto a considerazione e rispetto di cui i cittadini godono quali "membri di pari dignità nel club della cittadinanza" per dirla con Salvatore Veca⁷.

Pensiamo, con lo sguardo proiettato al futuro, all'oggi; al nostro quotidiano, al Paese e alle riforme.

L'ansia e le aspettative di crescita, la rincorsa agli strumenti di innovazione⁸, l'impegno per stereotipi, la consapevolezza del tempo che fugge, hanno fatto sì, ad esempio, che l'opportunità del PNRR non sia stata colta pienamente grazie ad una lettura analitica del tessuto sociale, già fragile, intriso di disuguaglianze, rispetto al quale la transizione digitale, in assenza di azioni mirate, trasversali e consapevoli, potrebbe innescare dinamiche capaci di alimentarne delle nuove⁹.

3 L. FERRAJOLI, *Il significato del principio di uguaglianza*, in *Democrazia e diritto*, n. 2-3, 1994, spec. pp. 478-481

4 A. SEN, *Inequality reexamined*, Cambridge, MA, University Press, 1992; Idem, *Eguaglianza di che cosa?* In I. Carter (a cura di), *L'idea di eguaglianza*, Milano, 2001, 71-93

5 G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 2001, 133

6 G. CAROFIGLIO, *La nuova manomissione delle parole*, Torino, 2021

7 S. VECA, *Etica e politica*, Milano, 1989, 85

8 Al fine di cogliere "il peso" della rivoluzione tecnologica e le conseguenti ricadute si rinvia al percorso sapiente sulle transizioni storiche proposto da M. Dogliani, *Scienza costituzionalistica e scienze umane. La dimensione costituzionale delle transizioni storiche: la rivoluzione francese, la rivoluzione industriale, la rivoluzione tecnologica*, *Democrazia e diritto*, 2021, Milano, n.3, 45.

9 Non deve trascurarsi il fatto che l'obiettivo della trasformazione digitale dell'amministrazione è funzionale all'efficienza e, dunque, preconditione per il conseguimento di altri importanti obiettivi declinati nel PNRR, tra tutte le semplificazioni e la cittadinanza digitale.

Questa la ragione per tracciare un percorso sull'amministrazione digitale e le "nuove" diseguaglianze in termini di rapporto diritto-dovere. Non, dunque, una lettura unidirezionale, focalizzata sul diritto di avere diritti¹⁰, bensì diversa; più ampia, che, muovendo dal principio di eguaglianza ex art.3 della Cost.¹¹ quale dovere della Repubblica¹², valore fondante, incorporato nella tradizione della teoria democratica, si soffermi sul bilanciamento diritto-dovere¹³, affiancando, specularmente, al primo il dovere di avere doveri¹⁴ e, soprattutto, assolverli, "non semplicemente in quanto riflessi, cioè in quanto controparte dei diritti, ma come posizioni giuridiche autonome che vivono di vita propria"¹⁵.

Coerentemente a quella impostazione unitaria della Costituzione espressione di "una veduta d'insieme, che si radica in scelte e compromessi fondamentali di storia, cultura e politica, riversati in un testo, scritto in un momento di eccezionale mobilitazione delle energie morali collettive"¹⁶.

10 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari Roma 2012, 43 si interroga sulla possibilità di considerare i diritti "patrimonio comune dell'umanità" ed evidenzia il riemergere nell'oggi della questione del rapporto democrazia diritti (47) interrogandosi sulla compatibilità tra l'insaziabilità dei diritti e la democrazia (56). A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali, Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 179 ss, si esprime criticamente sulla tendenza «a fare dei diritti uno strumento *insaziabile*, divoratore della democrazia, dello spazio politico e, alla fin dei conti, della stessa autonomia morale da cui li facciamo scaturire».

11 L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, 2018, 31; G.U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici, Atti del XIII Convegno Annuale, Trieste, 17-18 dicembre 1998*, Cedam, Padova, 1999, pp. 21-44; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002, p. 5.

12 M. MONTEDURO, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *Persona Amministrazione*, VII (2/2020), 543; L. R. Perfetti, *Eguaglianza vs. disuguaglianze. L'eguaglianza come «compito della repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, in *Persona Amministrazione*, num. monog., IX (2/2021), 16.

13 Già N. BOBBIO, come ci ricorda G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, 110, negli ultimi anni della sua vita diceva "se avessi ancora il tempo e le energie... piuttosto che scrivere l'età dei diritti (N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990) scriverei l'età dei doveri".

14 L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2014.

15 G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit., 109.

16 Idem, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto* (a cura di G. Preterossi), Bari-Roma, 2007, 10.

Impostazione dalla quale traspare che se è vero che una società il cui “sistema politico è privo di diritti non è una democrazia”, è altresì vero che “una democrazia senza doveri ...è priva dei valori della solidarietà e dell’unità politica, capisaldi di qualunque forma democratica di governo”¹⁷.

2. Innovazione, diritti e nuove disuguaglianze

È stato autorevolmente evidenziato che la storia dei diritti è una storia dinamica, “dai tempi lunghi”¹⁸. Ma è anche una storia di doveri, i cui tempi sono altrettanto lunghi. Doveri sia dei singoli che dello Stato¹⁹, chiamato ad essere efficiente e, dunque, dotarsi non solo di regole, ma anche di un’organizzazione sostenibile e funzionale a garantire proprio la tutela dei diritti e l’effettività del loro esercizio²⁰, elemento centrale dei sistemi democratici. Dunque chiamato non solo avere le sensibilità necessarie per il loro riconoscimento, ma anche la volontà e la capacità di prevedere azioni e controlli finalizzati alla loro applicazione sostanziale.

Trascurare il ruolo dei doveri potrebbe, infatti, indurre una frattura tra la politica e la società civile, un senso di “estraneità dei cittadini rispetto al loro futuro”²¹; diventando, dunque un *vulnus*, rischio potenziale per i regimi democratici.

Parlare oggi di amministrazione pubblica, innovazione e transizione digitale, dei relativi diritti e doveri, implica parlare di “cittadinanza” elettronica; di

17 L. VIOLANTE, *cit.*, *Premessa*, XIV.

18 Ancora N. BOBBIO, *I diritti dell’uomo oggi*, in Idem, *L’età dei diritti*, *cit.*, 255-270, specie 269, ma anche Idem, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, in Id. *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 436.

19 Y. MADIOT, *Considération sur les droits et les devoirs de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 111.

20 Si legga S. Holmes, C.R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna, 2000, 231.

21 L. VIOLANTE, *cit.* *Premessa*, X. Sulla centralità del dovere si rinvia a P. Grossi, *Il diritto mite di Zagrebelsky. Una rilettura ventidue anni dopo*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2014, II, pp. 171-172, dove ricorda la centralità della posizione soggettiva del dovere nella visione medioevale e il suo riemergere nel costituzionalismo post moderno.

tecnologia, di diseguaglianze e discriminazione²², di azioni mirate al loro contenimento, di un'amministrazione capace, grazie alla tecnologia, di migliorare i servizi che eroga e raggiungere i cittadini in modo trasparente, con procedimenti semplificati e accessibili, utili a favorire la più ampia partecipazione in un'ottica di *smart city*²³ e di *smart Administration*.

Ecco perché non solo diritti, dunque, ma anche doveri.

Punto di partenza, va da sé, l'accesso alla rete²⁴, preconditione per il superamento delle altre diseguaglianze digitali che, aggiungendosi a quelle sociali già esistenti si pongono, anch'esse, in contrasto con il principio di uguaglianza sostanziale, determinando, di fatto, una limitazione dello sviluppo della persona nella misura in cui escludono una parte dei cittadini dal contesto sociale ed

22 Pensiamo ad esempio, alla profilazione e al rischio di trattamenti discriminatori in base ai dati personali già acquisiti, nonostante il divieto *ex art.* 11 della Direttiva 2016/680/UE per le ricadute in termini di discriminazione di persone fisiche sulla base di categorie particolari di dati personali.

23 Naturalmente il termine è qui utilizzato nella consapevolezza della difficoltà di addivenire ad una sua definizione univoca a favore, invece, di quella trasversale, che vede la tecnologia strumento per mettere il cittadino al centro; per dare risposte ai suoi bisogni e, dunque, che focalizza l'attenzione sulla governance intelligente e sull'amministrazione partecipata (contro quest'idea di *smart city* si esprime A. VANOLO, *Politica e cittadinanza nella smart city. Alcune riflessioni sugli immaginari della città intelligente*, *Rivista Geografica Italiana*, v. 124 2017, pp. 1-16 dove sostiene, al contrario, che la *smart city* ponga il cittadino in una posizione debole.). In linea con la posizione da noi sostenuta, cfr. Nam T., PARDO T. A., *Conceptualizing Smart City with dimensions of technology, people and institutions*. 12th Annual International Conference on Digital Government Research, College Park, MD, USA, 2014; V. A.F. ALMEIDA, D. DONEDA, E. MOREIRA da Costa, "Humane Smart Cities: The Need for Governance", *IEEE Internet Computing*, vol.22, no.2, pp.91-95, 2018; G. C. S. Almeida, R. S. Salles, M. N. S. Silva, A. C. ZAMBRONI DE SOUZA, P. F. RIBEIRO, "The Need of Normative Technologies for Smart Living Cities", *Interdisciplinary and Social Nature of Engineering Practices*, vol.61, pp.283, 2022.

24 Diritto umano secondo il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite che così lo ha definito, all'unanimità, in una risoluzione approvata il 5 luglio 2012. Ma anche per la Risoluzione del Parlamento europeo del 17 febbraio 2022 sui diritti umani e la democrazia nel mondo e sulla politica dell'Unione europea in materia – relazione annuale 2021 nei punti 104-105 relativi alle tecnologie digitali. Sull'accesso alla rete: J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, Mondadori, 2000, aveva correttamente messo l'accento sul fatto che il vero problema fosse rappresentato dall'accessibilità); D. Selva, *Divari digitali e diseguaglianze in Italia prima e durante il Covid 19, Culture e studi del sociale*, 2020, 5(2), 463 ss; C. Lotta, *Un nuovo diritto al tempo del Covid-19? Accesso a Internet e digital divide*, *Riv. del Gruppo di Pisa*, n.1, 2020, 61 ss.; G. D'Ippolito, *Il diritto di accesso a Internet in Italia: dal 21(bis) al 34 bis*, *MediaLaws*, *Rivista di diritto dei Media* n.1, 2021, p.81 ss.

economico. Come si è avuto modo di osservare in altra sede²⁵, le ragioni alla base del divario nell'accesso alla rete possono essere molteplici: la copertura a macchia di leopardo con la rete a banda larga sul territorio nazionale²⁶; l'impossibilità di disporre personalmente di una connessione veloce per ragioni economiche o di acquisire le necessarie attrezzature; un livello di alfabetizzazione informatica non adeguato a leggere la rete come punto di forza e avvalersi delle opportunità, ma anche difendersi²⁷. Tutte presuppongono “un dovere” di rimozione della criticità, un intervento da parte di chi ha il potere di decidere e di agire e deve utilizzarlo in funzione del soddisfacimento degli interessi della comunità di riferimento.

Intervento “doveroso” e “giusto”, non nel senso di “utile” per il più forte (*sympheron*) come inteso dal sofista Trasimaco, ma nel senso di maggior bene²⁸ per il singolo e per la comunità di cui fa parte (*dikaion*). Un approccio etico

25 Si rinvia a P. Piras, *Innovazione tecnologica e divario digitale*, Il diritto dell'economia, n.2, 2022, 31 ss.

26 E. Miceli, *Bandi infrastrutture digitali, quante preoccupazioni: serve una visione strategica*, *agendadigitale.eu* 6 maggio 2022

27 Si pensi all'Intelligenza artificiale, a *blockchain* e metaverso, “universo virtuale” da meta (oltre) e verso (universo), termine coniato da N. Stephenson, *Snow Crash*, 1992) comunità virtuale che esprime la somma degli ambienti virtuali aumentati e 3D, oggetto di dibattito e di grande attenzione anche da parte di molte multinazionali. Strumento che presuppone l'interoperabilità e l'accessibilità e che, al tempo stesso può costituire una grande opportunità, anche per le PA (ad esempio sanità- vedi dati CES 2022, Las Vegas- istruzione, turismo virtuale e non solo), ma essere fonte di grandi rischi. Si leggano N.Vita -More, *Nell'epoca della plasticità: il metaverso come veicolo di potenziamento cognitivo*, Sistemi intelligenti, n.1, Il Mulino, Bologna, 2012, 167 ss; G. De GASPERIS, L. DI MAIO, T. DI MASCIO, N. FLORIO, *Il Metaverso open source strumento didattico per facoltà umanistiche*, *didamatica* n.5, 2011, <https://www.researchgate.net/publication/264844155>; T.E. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2022; R. Moro Visconti, *Il metaverso tra realtà digitale e aumentata: innovazione tecnologica e catena del valore*, *Diritto di Internet*, n.3, 2022, 627 ss; M. MARCUCCI, *Il solito vecchio metaverso*, *Menabò* n.166/2022; A. FONSECA FERNANDES, *O que é metaverso?* v. 30 n. 24 (2022): *Editorial bius abril/2022* volume: 30 n.°24; M.C. De Vivo, *Viaggio nei metaversi alla ricerca del diritto perduto*, *Informatica e diritto*, XXXV Annata, Vol. XVIII, 2009, n. 1, 191ss; M. Mangia, *Metaverso, Un'industria da exploit per software, dispositivi e sensori*, *La Repubblica-Affari & Finanza* del 23 maggio 2022; P. GUITTON E N. ROUSSEL, *Le métavers, ni rupture technologique ni gadget*, *Le Monde* del 23 maggio 2022; R. Mujica-Sequera, *"El Metaverso como un Escenario Transcomplejo de la Tecnoeducación"*, *RTED*, vol. 13, n.° 1, ago. 2022, 20 ss,

28 PLATONE, *Res publica*, 336-341.; G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio*, Bari-Roma, 2007, 47

all'innovazione, dunque, da parte delle istituzioni²⁹ teso a esaltarne le potenzialità e arginarne i rischi, favorire la giustizia sociale³⁰ e migliorare la qualità della vita in linea con i valori democratici.

Azioni, dunque, espressione di un dovere: agire per favorire la generalizzazione dell'accesso alla rete veloce (non solo con interventi rivolti alle infrastrutture, ma anche attraverso la riduzione dei costi) e per implementare le competenze digitali necessarie a creare pari opportunità nel favorire l'accesso ai servizi. Comprendere i punti di forza e di debolezza dei nuovi strumenti superando, così, sia il divario di base che quello più profondo, riconducibile alla conoscenza avanzata³¹. Azioni funzionali a che l'innovazione digitale sia inclusiva e non divenga, invece, fattore di criticità, capace di incidere negativamente in via diretta o indiretta, sulla qualità della vita delle persone. Quasi menomazione sociale, che, in contrasto con l'art.3 della Costituzione, possa incidere, comprimendolo, sul pieno sviluppo della persona umana.

Si pensi, ad esempio, alla povertà educativa, punto di fragilità del nostro Paese, e alle ricadute “peggiorative” indotte dalla DAD in costanza della pandemia Covid 19, con conseguente esaltazione, in ragione del divario digitale, dei fattori di disuguaglianza già esistenti³² (l'Italia è sempre sotto la media Europea

29 Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012(INL)); Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate, 2020/2012(INL); Consiglio dell'Unione Europea, Conclusioni della presidenza – La Carta dei diritti fondamentali nel contesto dell'intelligenza artificiale e della trasformazione digitale, 11481/20, 2020. In dottrina R. Pasca di Magliano, *Etica e innovazione nella governance pubblica*, *Riv. elettronica di diritto, economia, management*, n.4, 2020, p. 15 ss.

30 Dunque ad agire in funzione della giustizia sociale, si legga A. Sen, *L'idea di giustizia*, Milano, 2010; Idem, *La disuguaglianza*, Bologna 2010; Idem (et al.), *Sull'ingiustizia*, Trento, 2013.

31 Così E. HARGITTAI, *Second level digital divide: Differences in people on line skills*. First Monday, 7(4), Retrieved May 17, 2016, <http://firstmonday.org/article/view/942/864>; J.A.G.M. Van Dijk, *The deepening divide: Inequality in the Information Society*, London, UK: Sage, e lo definisce “divario digitale approfondito” proprio per enfatizzare il fatto che si voleva andare oltre il significato del mero accesso alla rete.

32 Openpolis, *Disuguaglianze digitali*, Osservatorio povertà educativa 2020, www.openpolis.it; sulla didattica nell'era digitale si rinvia diffusamente a V. Campione (a cura di), *La didattica nell'era digitale*, Quaderni di Astrid, Bologna, 2015.

e oggi la modalità di fruizione del digitale esprime il vero punto debole). Ma, ancora, alla capacità di interazione con l'amministrazione in modalità digitale: nel medesimo periodo, solo il 36,3% della popolazione ha interagito on line con la PA, a fronte della media europea del 64%³³.

Il PNRR si prefigge l'ambizioso obiettivo di arrivare entro il 2026 all'erogazione almeno dell'80% dei servizi pubblici in modalità digitale, ma su quest'obiettivo, naturalmente, grava la scure del divario digitale, sia "nelle" amministrazioni che "tra" i cittadini che potrebbe limitare il prezioso ruolo dell'*homo civicus*. Per questo il PNRR, nella consapevolezza di dover prevedere sia misure formative volte a migliorare il livello di alfabetizzazione digitale dei dipendenti pubblici e privati, sia interventi sul piano educativo e professionalizzante, ha previsto per "risalire"³⁴ azioni trasversali in punto di transizione digitale³⁵. Ma non basta.

Gli interventi previsti si scontrano, con la ben nota resistenza al cambiamento e all'innovazione da parte dell'amministrazione. Spesso il suo progresso in punto di digitalizzazione non è sintomo di maturità digitale, bensì esito della mera esternalizzazione dei servizi. Quasi una resa e non, invece, l'esito di un'azione interna sapiente.

Il percorso, la "transizione", si presentano dunque ancora lunghi e complessi e sembrano lottare con il tempo che, invece, scorre velocemente.

Se consideriamo il ruolo assunto nel quotidiano dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, nel rapporto con l'amministrazione pubblica e nella fruizione dei servizi pubblici, cogliamo le fragilità e percepia-

33 Cfr. ISTAT, *Cittadini e nuove tecnologie*, 2020, <https://www.istat.it/it/archivio/cittadini+e+nuove+tecnologie>

34 Cfr. voce resilienza, www.garzantilinguistica.it, dal latino re-silire e diffusamente M.V. Donghia, *Resilienza, una parola alla moda*, in treccani.it, da *resiliens*, ad indicare la caratteristica interna di un corpo legata alla sua elasticità, da qui re-salire, capacità di resistere e reagire di fronte alle difficoltà, alle avversità, agli eventi negativi.

35 D. QUAGLIONE, *Infrastrutture digitali: perché siamo così in ritardo e cosa cambierà col PNRR*, agendadigitale.eu il 9 maggio 2022

mo le ricadute in termini di cittadinanze amministrative³⁶. Ciò anche in ragione del fatto che la pubblica amministrazione è “elemento centrale di ogni società”, punto di riferimento e costante confronto per il cittadino che aspira a vedere affermato il diritto alla buona amministrazione che, però, stenta a trovare attuazione sostanziale³⁷.

La “vera” sfida per l'Amministrazione pubblica digitale è, dunque, assolvere la propria funzione esercitando un ruolo trainante in termini solidaristici per fare in modo che l'innovazione sia virtuosa e abbia ricadute positive sulla qualità della vita delle persone, quale attuazione, ed espressione al tempo stesso, del principio del buon andamento. Frutto, dunque, di “un'amministrazione intelligente” non solo perché tecnologica, ma in quanto incentrata sull'uomo e capace di usare le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (come Internet, *big data*, *Internet of things*, intelligenza artificiale) per creare un ambiente funzionale alle esigenze della società e alla partecipazione attiva dei cittadini³⁸. Capace, anche, di rispettare le regole già esistenti attraverso un processo, non solo formale, ma sostanziale.

3. La persona al centro

36 Diffusamente A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di) *Cittadinanze amministrative* vol.VIII, Firenze, 2016, L. Ferrara, D. Sorace (a cura di) *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, R. CAVALLO PERIN, *Dir. Amm.*, n.1, 2004, 201; F. Gaspari, *Smart city Agenda urbana multilivello e nuova cittadinanza amministrativa*, Napoli, 2018.

37 C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2002, 481.

38 Modello al quale ispirarsi in una certa misura può dirsi quello delle smart community giapponesi, sul punto cfr. Berra, M., Nuciari M. *Smart cities Infrastrutture ICT per la partecipazione sociale?* 2013, <https://journals.openedition.org/qds/427>; Coe A., Paquet G., Roy J., *E-Governance and Smart Communities - A Social Learning Challenge*, Sage Publications, Inc., Social Science Computer Review, Vol. 19 No. 1, Spring 2001 pp. 80-93; Criado J. I., Gil-Garcia, J. R., *Creating public value through smart technologies and strategies. From digital services to artificial intelligence and beyond*, Emerald Publishing Limited 0951-3558, International Journal of Public Sector Management Vol. 32 No. 5, 2019 pp. 438-450; DEGUCHI A., HIRAI C., MATSUOKA H., NAKANO T., OSHIMA K., TAI, M., TANI, S. *What is Society 5.0?* in *Society 5.0 – A People-centric Super-smart Society*, Hitachi –U Tokyo Laboratory, Springer Nature, 1st ed. 2020, pp. 1-23, https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-981-15-2989-4_1, 12-06-2020; Mulgan G., *The Process of Social Innovation*, Tagore LLC Innovations, Spring 2006.

Per questa ragione oggi dobbiamo guardare, con attenzione e criticamente, alla lunga fase di transizione digitale³⁹ già percorsa, alla sua lentezza, e all'attuale impulso dettato dal piano per la ripresa dell'Europa (Next generation EU) e dal PNRR per cogliere quanto l'Amministrazione e le regole che presiedono il suo funzionamento siano in linea con il cambiamento sociale e con l'innovazione.

Se e quanto sia in grado di cambiare, superare il mero adempimento normativo, gestire il cambiamento organizzativo e leggere la tecnologia come un'opportunità, uno strumento al servizio del diritto e dell'interesse pubblico, piuttosto che solo un obiettivo da rincorrere affannosamente.

Pensiamo, ad esempio, alla sanità digitale e alle terapie digitali: esse vedono la persona al centro, anello di congiunzione tra salute e malattia. Possono contribuire a migliorare la vita nel quotidiano grazie al corretto utilizzo digitale dei dati sanitari⁴⁰ e all'apprendimento dell'uso di applicazioni mirate e basate sul ricorso all'intelligenza artificiale. Francia, Germania, Inghilterra, contrariamente a quanto avviene in Italia dove il processo è molto lento, hanno già avviato politiche di sanità digitale⁴¹. Interventi che, però, presuppongono anche il

39 Il CAD è del 2005, è stato oggetto di continui interventi di modifica ed è stato emanato con l'obiettivo di riformare le amministrazioni pubbliche, ma senza che, ad oggi, si approdasse all'ambito amministrazione digitale sia per l'incapacità delle amministrazioni di governare il cambiamento, sia per la carenza di competenze interne e di adeguati investimenti per acquisirle; sia per la ancora troppo elevata diffidenza verso la tecnologia (elemento legato ai primi due).

40 Istituzione dello spazio europeo dei dati sanitari (EHDS) e Regolamento del parlamento europeo e del consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari (COM 2022) 197 final., 3 maggio 2022, www.Eur-lex.europa.eu

41 Non si vuole fare qui riferimento meramente al diritto alla cartella clinica elettronica, alla ricetta digitale, al referto digitale e al pagamento *on line* delle prestazioni ricevute, peraltro già introdotte nel nostro sistema sanitario che ha fatto propri molti componenti di tecnologie digitali nella gestione dell'attività, pertanto, disciplinata normativamente (anche quale attuazione della disciplina del CAD e del diritto alla cittadinanza digitale), bensì a vere e proprie politiche di sanità digitale rivolte sia all'organizzazione del sistema che all'introduzione di veri e propri modelli di telemedicina. Grazie a modelli assistenziali innovativi incentrati sul cittadino, infatti, l'uso delle tecnologie potrebbe, da un lato, favorire l'efficienza dell'organizzazione sanitaria e semplificare l'accesso alle prestazioni, dall'altro la delocalizzazione del servizio sanitario consentendo ai pazienti più fragili (per età o patologia) di rimanere a casa grazie al trasferimento dello strumento diagnostico o curativo. Si rinvia al rapporto *Future Health Index 2021* (sesta edizione del rapporto, che propone un'analisi del grado di conoscenza e della propensione all'uso sia della cartella clinica elettronica che della telemedicina e dell'intelligenza Artificiale in ambito

rapporto con un paziente (o un *care giver*) “esperto” e, dunque, il dovere dell’istituzione di assicurare la formazione necessaria per trasferire al malato, e a chi lo prende in cura, le abilità necessarie per il ricorso alla tecnologia⁴² e per alimentare la fiducia verso l’innovazione e, dunque, la sua accettazione.

In Italia il PNRR articola l’obiettivo del miglioramento del servizio sanitario nazionale in diverse azioni nell’ambito della Misura 6, individuando la digitalizzazione e l’innovazione tecnologica dell’apparato del servizio sanitario come centrali⁴³. Anche in questo caso (come nella DAD prima richiamata) la pandemia ha evidenziato il valore della digitalizzazione dei servizi⁴⁴, le criticità

medico-sanitario. Dal rapporto si evince una fiducia dei cittadini italiani negli strumenti di digital health molto inferiore al dato europeo e internazionale, a conferma del peso che la *technology acceptance* ha un’incidenza determinante in punto di diffusione e utilizzo degli strumenti di innovazione nell’amministrazione, mi si consenta il rinvio a P. PIRAS, *Il tortuoso cammino verso un’amministrazione nativa digitale*, *Dir. inf. e informatica* 2020, 43 ss); PILLON S., *Sanità digitale: la nuova legge tedesca e il vuoto legislativo dell’Italia*, *Agenda Digitale*, 6 dicembre 2019, www.agendadigitale.eu; Cosentino G., *Ripensare la sanità al tempo del digitale*, Youcanprint, 2018. Il tutto naturalmente nella consapevolezza del fatto che l’innovazione digitale potrà avere un effetto sistemico solo nella misura in cui sia inserita in un’innovazione di processo progettata e pensata al fine ottimizzare il ricorso alla tecnologia (Cfr. Gabrielli (Iss), *Panorama della sanità, Telemedicina*, novembre 2019, www.panoramasanita.it, in occasione della III Conferenza nazionale sull’assistenza primaria, Roma, auspicava l’adeguamento sia della normativa che del sistema sanitario).

42 S. GRIGOLO, I. AGRESTA, S. MAZZARIOL, D.VAN DOORNE, *Il paziente, la sanità digitale, le terapie digitali*, *Nuove tendenze*, n.1 speciale, 2021, p.159 ss.

43 Due le componenti: la prima riguarda le reti di prossimità, strutture e telemedicina per l’assistenza sanitaria territoriale”; la seconda “innovazione, ricerca e digitalizzazione del Servizio sanitario nazionale“. In dottrina si legga N. POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza)*, in *Federalismi.it*, 2021; un “nuovo” fascicolo sanitario elettronico, fortemente potenziato è oggi elemento centrale nel quadro di azioni previste dal PNRR che (p.17) lo qualifica “pietra angolare” per l’erogazione dei servizi.

44Il report pubblicato nel settembre 2020 dal Deloitte Centre for Health Solutions, *Digital transformation: Shaping the future of European Healthcare*, www2.deloitte.com all’esito di una ricerca svolta in Danimarca, Germania, Italia, Olanda, Norvegia, Portogallo e Gran Bretagna evidenzia la comune percezione nel settore sanitario in tutti i Paesi coinvolti dalla ricerca di un processo di digitalizzazione “lento, complesso e burocratico” ma, al tempo stesso, evidenzia il comune, forte, incremento del ricorso alla tecnologia digitale sia in ambito organizzativo, che a supporto dei pazienti, in seguito all’emergenza causata dal COVID-19 (pag. 15 ss). In particolare, i dati evidenziano il dato più alto del ricorso al digitale per modificare il metodo di lavoro in Norvegia (83.6 % dei medici) e il più basso in Germania (39%). In Italia il 65% degli operatori della sanità ha dichiarato che la propria organizzazione ha incrementato l’impiego di tecnologie digitali a seguito dell’emergenza COVID-19. In dottrina si attribuiscono all’informatizzazione del sistema sanitario benefici sia per gli operatori, che per i pazienti che, infine, per l’intero sistema sanitario, sul punto cfr. ROTARU, N., & EDELHAUSER, E., *The impact of digital transformation on health service management. Annals of the University of Petroșani. Economics*, 2021, 21(1),

connesse ai divari digitali esistenti e, al tempo stesso, la capacità dell'amministrazione di reagire, essere resiliente, avvalendosi degli strumenti di innovazione e non rimanendo "bloccata nell'eterna transizione"⁴⁵.

Processo che stimola, dunque, l'impegno del giurista, chiamato anche ad essere garante dell'uguaglianza tra le persone, portandolo ancora una volta a interrogarsi sulla (presunta) neutralità o meno della tecnologia⁴⁶ e a riflettere su come agire per contribuire a realizzare un'amministrazione che cammina a fianco al cittadino e non davanti a lui.

4. I diritti come briscole: il dovere di avere doveri

Si è avuto modo di anticipare che le disuguaglianze connesse al digitale possono discendere da differenti ragioni e sfociare in vere e proprie discriminazioni; essere conseguenti, come avviene nell'accessibilità⁴⁷ o meno ad alcuni servizi, in particolare nei confronti di categorie di persone vulnerabili⁴⁸, portatrici di disabilità⁴⁹, o in alcuni casi di uso predittivo dell'intelligenza artificiale,

13-20; si vedano anche ANITEC-ASSINFORM, Gruppo di lavoro "Digital Transformation in Sanità", *Libro bianco su Sanità digitale in Italia. Scenario e Azioni innovative*, maggio 2020, www.anitec-assinform.it, nonché ANITEC-ASSINFORM, *Il digitale in Italia 2020*, specie p. 62 ss, www.anitec-assinform.it, per i profili pertinenti la sanità.

45 S. CASSESE, *Il Sole 24 ore*, 27 settembre 2015, recensione a S. Sicardi, M. Cavino, L. Imarisio (a cura di), *Vent'anni di Costituzione. Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli (1993-2013)*, Bologna, 2015.

46 H. MARCUSE, *L'uomo a una dimensione*, (trad.it. e introduzione. L. Gallino -T. Giani Gallino) Torino, 1999; F. SALOMONI, *Il difficile equilibrio del diritto costituzionale tra presunta neutralità della tecnica e scelte politiche*, RJD, 2019, v.33, n.2, 141 ss; N. ZAMPERINI, *Manuale di disobbedienza digitale*, Roma, 2018.

47 M. CAPORALE, *L'accessibilità ai siti web e alle applicazioni mobili delle pubbliche amministrazioni. Commento a d. lgs. 10 agosto 2018 n. 106*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 3, 357 ss.

48 M.A. FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale J.L. & Feminism*, 1, 2008-2009, 8.

49 Ancora una volta possiamo fare riferimento alle criticità emerse durante l'epidemia da COVID 19 e alle conseguenti azioni dell'UE: Risoluzione del Parlamento Europeo, 18 giugno 2020 sulla Strategia Europea post 2020 per la disabilità (2019/2975-RSP), e Piano 2021-2030 per le disabilità, Commissione Europea, marzo 2021. In dottrina cfr. B.Rabai, *The role of technology and innovation in digital and social inclusion. The case of disability in a public perspective*, *MediaLaws*, n.1, 2022, 1 ss, specie par. 5; G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020; G. GOGGIN, *Disability and Digital Inequalities: Rethinking Digital Divides with Disability Theory*, in G.W. MUSCHERT - M. RAGNEDDA (eds.), *Theorizing Digital Divides*, New York, 2017, 69 ss. S.J. Macdonald - J. Clayton, *Back to the Future, Disability and the Digital Divide*, *Disability & Society*, 5, 2013, 702 ss; Commissione UE, 15 Novembre 2010 "European Disability Strategy

dove le impostazioni in fase di programmazione di alcuni set di dati che portano alla decisione possono tradursi in scelte discriminatorie⁵⁰. Ancora diseguglianze che colpiscono il cittadino, in qualche misura, prigioniero di meccanismi che non è in grado di controllare⁵¹, come nel caso dell'intelligenza artificiale; o, ancor più banalmente, nel caso dei servizi digitali ai quali non è in grado di accedere per analfabetismo digitale.

Ecco il perché del bisogno del bilanciamento tra diritti e doveri, poiché ciò significa avere un'etica nel ricorso all'innovazione; rispettare sia le norme che i valori, guardare al “pubblico bene”⁵². Assolvere il dovere di porre rimedio alla sperequazione tra chi è in grado di utilizzare e fruire dei benefici conseguenti all'uso delle tecnologie digitali e chi, invece, no⁵³. Colmare i divari indotti dalla tecnologia, dunque, che, potenzialmente, crea diseguglianza e discriminazione⁵⁴.

2010-2020: *A renewed Commitment to a Barrier-Free Europe*”, COM (2010) 636 final.

50 Diffusamente G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informativi. Predeterminazione analitica predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, 2019; ma anche N.SCHMID, B. STEPHENS, *An Introduction to Artificial Intelligence and Solutions to the Problems of Algorithmic Discrimination*. ArXiv, 2019, 130-144 in merito alla costruzione di algoritmi finalizzati a predire il rischio di recidiva da parte di soggetti sottoposti a procedimento penale, spesso basati su stereotipi o su pregiudizi. Commissione europea, Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia (COM (2020) 65 final), www.eur-lex.europa.e, da cui la proposta di regolamento UE su IA.

51 A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative individuali tra regolamento europeo e leggi degli stati membri*, in *Diritto Pubblico*, 2020, n. 3, pp. 943 ss; S. Civitarese Matteucci, *Public Administration Algorithm Decision Making and the Rule of Law*, in *European Public Law*, 2021, vol. 27, 1, pp. 103 ss; S. Del Gatto, *Potere algoritmico, digital welfare state e garanzie per gli amministrati. I nodi ancora da sciogliere*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2020, n. 6, pp. 829 ss; C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, *BioLaw Journal*, 2021, n. 3; G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati intelligenti?* *Riv. Dir. Civ.*, 2021, n. 5, pp. 823 ss.

52 L.A. MURATORI, *Della pubblica felicità*, a cura di B. Brunello, Bologna, 1941, specie cap.1 p.8 ss. e cap.2 p.13 ss.

53 Ancora S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 130-131 <<l'importanza di considerare l'accesso a internet come un diritto fondamentale della persona viene continuamente confermata dal ruolo giocato dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione>>; The Economist, *Digital dilemmas. A survey of the internet society*, 25 Gennaio, 2003, 4.

54 Pensiamo ad esempio, alla profilazione e al rischio di trattamenti discriminatori in base ai dati personali già acquisiti, nonostante l'art. 11 della Direttiva 2016/680/UE vieti la profilazione che porti alla discriminazione di persone fisiche sulla base di categorie particolari di dati personali.

Viola, cioè, il principio cardine del pensiero di Dworkin⁵⁵, secondo cui ciascuno ha il diritto di realizzare le proprie aspirazioni in condizioni di partenza uguali a quelle degli altri e i diritti sono come “briscole” che prevalgono su qualunque scopo sociale.

Ecco riemergere, così, l'assolvimento del dovere⁵⁶: porre in essere le azioni tese “a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno esercizio dei diritti e il pieno sviluppo della persona”. Perché le politiche dei diritti (inviolabili) e dei doveri (inderogabili), concretano l'attuazione della Costituzione solo nel loro essere sinergiche. La loro realizzazione combinata, in un assetto equilibrato che coinvolga sia le istituzioni che i singoli cittadini, è essenziale perché si esprimano compiutamente e realizzino, da un punto di vista sostanziale, il principio della loro pari ordinazione espresso in modo formale dalla nostra Costituzione⁵⁷.

Sia per quanto attiene l'accessibilità alla rete, che la “conoscenza”, l'analfabetismo digitale, e la conseguente esigenza di un'alfabetizzazione generalizzata da pianificarsi, consapevolmente, in linea con il veloce e costante mutamento delle nuove tecnologie e la difficoltà di un processo generalizzato in grado di rispettare, per non essere travolti, la velocità dei tempi dell'innovazione e non cadere nel paradosso di Achille e la tartaruga formulato da Zenone nel V sec.a.C.⁵⁸.

Agire diversamente, dimenticare i doveri, sarebbe espressione dell'indifferenza verso i diritti sociali. Al contrario, garantire i diritti impone prioritaria-

55 R. DWORKIN, *Taking Rights seriously*, HUP, Cambridge, 1977, 227, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Mulino, Bologna, 1982.

56 M. MONTEDURO, *Do veri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *PA. Persona e Amministrazione*, VII (2/2020), 543; L. Perfetti, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 3965.

57 F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, fas. 3; M. Cartabia - T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, Giuffrè, 2009; A. Cerri *Eguaglianza giuridica e giustizia politica*, Roma, Il Cigno, 2003.

58 P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. Nisticò, P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione. Atti del Convegno* (Pisa, 21-22 novembre 2013), Torino, 2014

mente assolvere i doveri contribuendo a completare il processo di trasformazione sociale e digitale, avviato, ma da troppo tempo in corso.

Perché la trasformazione non può, e non deve, essere l'esito del rincorrere il progresso dell'evoluzione tecnologica e sociale, ma il frutto di una programmazione lungimirante, concentrata sul cittadino, disegnata sul consapevole bilanciamento e seguita da conseguenti azioni positive che coniughino diritti e doveri. Indispensabili per la concretezza delle riforme all'esito dell'attenzione verso la persona, posta al centro, e della volontà di attuare il principio di uguaglianza sostanziale; garantendolo nel tempo.

Tempo lento per coloro che aspettano

Veloce per coloro che hanno paura

Prezioso alleato, per costruire e rafforzare l'assetto dei diritti sempre insieme ai doveri. Diritti senza confini, in movimento. Consapevoli del fatto che se la politica dei diritti "trascura il ruolo dei doveri... i diritti diventano armi che ciascun cittadino, isolato dagli altri, punta contro il concorrente per soddisfare un proprio individuale interesse⁵⁹".

Solo così, nel pensare, con l'obiettivo di rispettarla, all'impronta garantista della nostra Costituzione e alla sua attuazione potremo, sommessamente, parlare al tempo e, rubando i versi di un sonetto shakespeariano⁶⁰, dire per suo conto, *No tempo, non ti vanterai che io muti.*

59 L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, cit., prefazione XIV.

60 W. SHAKESPEARE, *I sonetti*, (a cura di L. Folena), Torino 2021, Sonetto 123, w.1-8..." *il tempo è molto lento per coloro che aspettano*".

CARMELA ROBUSTELLA

Professore ordinario di diritto dell'economia presso l'Università di Foggia

carmela.robustella@unifg.it

LA CLAUSOLA GENERALE DI BUONA FEDE COME CRITERIO ARGINANTE L'USO ARBITRARIO DEGLI STRUMENTI DI TUTELA

THE GENERAL CLAUSE OF GOOD FAITH AS A CRITERION LIMITING THE ARBITRARY USE OF PROTECTION INSTRUMENTS

SINTESI

Nella giurisprudenza ci si è posto il problema di comprendere quale sia il rapporto intercorrente tra la nullità dell'accordo quadro e gli effetti di tale nullità sui singoli ordini di investimento e, soprattutto, se sia legittimo e lecito esercitare il rimedio della nullità di protezione in modo "selettivo". Tale problematica è stata posta con particolare enfasi proprio nei contratti di intermediazione finanziaria per la peculiare conformazione e articolazione del rapporto intercorrente tra intermediario e investitore, che è scandita su un duplice livello di contrattazione. L'articolo indaga la natura e la struttura di siffatti rapporti e l'azione correttiva del giudice, proponendo alcune soluzioni innovative.

ABSTRACT

In case law, the problem has arisen of understanding what is the relationship between the nullity of the framework agreement and the effects of this nullity on individual investment orders and, above all, whether it is legitimate and licit to exercise the remedy of nullity of protection in "selective" way. This problem has been placed with particular emphasis precisely in financial intermediation contracts due to the peculiar conformation and articulation of the relationship between intermediary and investor, which is marked on a double level of negotiation. The article investigates the nature and structure of such relationships and the corrective action of the judge, proposing some innovative solutions.

PAROLE CHIAVE: accordo quadro, nullità, giudice

KEYWORDS: framework agreement, nullity, judge

Indice: 1 Premessa. - 2. I nodi interpretativi posti dalla struttura bifasica del rapporto contrattuale disciplinato dal contratto quadro. 3. La soluzione delle Sezioni Unite. Gli itinerari argomentativi del Supremo Collegio. 3.1 La nullità selettiva e la sua presunta compatibilità con lo statuto giuridico delle nullità di protezione. - 3.2 La vis espansiva dell'operatività a vantaggio della nullità delle clausole abusive alle ipotesi di nullità dell'intero contratto. - 4. Il temperamento della clausola generale di buona fede sul risultato dell'azione di nullità selettiva. - 5. Considerazioni conclusive. Una possibile opzione ricostruttiva alternativa a quella tracciata dalle Sezioni Unite.

1. Premessa

La nullità comminata per l'inosservanza della forma scritta nei contratti bancari e di investimento, di cui agli artt. 117, 127 TUB e 23 TUF, come è noto, è ascrivibile alla categoria delle nullità di protezione, in quanto nullità stabilita principalmente a tutela dell'interesse del cliente- investitore. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹, a completamento di un complesso percorso interpretativo condotto sulla base dell'analisi funzionale dell'art. 23 TUF e della nullità in esso comminata, hanno statuito la piena validità del contratto quadro monofirma, recante la sottoscrizione dal solo investitore, poiché, avuto riguardo alla funzione propria della norma e agli interessi dalla stessa protetti, il consenso dell'intermediario, ai fini della formazione dell'accordo, può desumersi da comportamenti concludenti, quali appunto la consegna del documento negoziale, la raccolta della firma del cliente e l'esecuzione del contratto, sicché, in tali circostanze, il requisito della forma scritta del contratto bancario e/o di investimento può ritenersi soddisfatto.

In questo importante arresto, dunque, il Supremo Collegio ha ritenuto di abbandonare la tradizionale logica dell'invalidità come difetto di un elemento della fattispecie, per adottare un criterio di carattere procedimentale, incentrato sulla verifica del raggiungimento dello scopo cui la previsione del requisito formale è preordinato.

1 Cass, SS.UU., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Dejure.it*

Contestualmente al problema del rispetto degli oneri formali prescritti dalla normativa di settore per i contratti del mercato finanziario, negli ultimi anni si è assistito a un crescente interesse della giurisprudenza di legittimità anche sulla correlata tematica delle conseguenze, di natura sostanziale e processuale, che la declaratoria di nullità del contratto quadro produce sulle singole operazioni di investimento eseguite dall'intermediario su disposizione del cliente. In particolare, si è posto il problema di comprendere quale sia il rapporto intercorrente tra la nullità dell'accordo quadro e gli effetti di tale nullità sui singoli ordini di investimento e, soprattutto, se sia legittimo e lecito esercitare il rimedio della nullità di protezione in modo "selettivo"².

Tale problematica si è posta con particolare enfasi proprio nei contratti di intermediazione finanziaria per la peculiare conformazione e articolazione del rapporto intercorrente tra intermediario e investitore, che è scandita su un duplice livello di contrattazione. Il primo, consistente nella conclusione del contratto quadro, destinato a svolgere una funzione *in primis* (i) normativa, poiché in esso vengono specificati "i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate", ma anche (ii) conformativa, essendo esso destinato a regolare anche il secondo livello della contrattazione, ossia lo svolgimento delle successive operazioni di investimento (attraverso la conclusione dei relativi contratti), che l'intermediario eseguirà nell'interesse dell'investitore (art. 21, comma 1, lett. A) TUF).

Le operazioni di investimento in questione risulteranno, pertanto, legate al contratto quadro, secondo l'impostazione che in questa sede si ritiene preferibile, in una sorta di collegamento negoziale³ unilaterale e necessario: unilate-

² Sul tema della forma dei contratti del mercato finanziario e del correlato problema dell'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità nei contratti di investimento, sia consentito rinviare a C. ROBUSTELLA, *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, 2020.

³ Così, già, B. INZITARI-V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008, 19, i quali hanno osservato che «mentre tutti gli eventi che colpiscono il contrat-

rale⁴, perché non sussiste una reciprocità nella trasmissione dei vizi da un negozio all'altro, nel senso che le vicende del negozio dipendente (singoli ordini) non si trasmettono al negozio principale⁵ (contratto quadro); necessario, perché il vincolo di accessorialità del negozio dipendente è imposto dalla stessa struttura negoziale voluta dalla disciplina legislativa primaria e secondaria e, in particolare, dal combinato disposto dell'art. 23 TUF e art. 37 Reg. Consob. In forza di detto collegamento, pertanto, l'intermediario non potrebbe dare esecuzione

to "a monte" travolgono il contratto "a valle", non vale il meccanismo inverso e così, gli eventi che colpiscono il contratto normativo si ripercuotono sugli ordini di acquisto che in questo trovano la propria fonte e che di questo sono esecuzione, mentre quelli che colpiscono un singolo ordine di acquisto, producono i propri effetti solo su questo su nessun altro». Questa impostazione trovava la propria argomentazione di fondo nella precedente formulazione dell'art. 30, comma 1, del Reg. Consob n. 11522/1998, che, nello stabilire che gli intermediari autorizzati non potevano fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto, secondo la dottrina in esame, sanciva il principio di necessaria dipendenza dei singoli organi degli investitori dal contratto quadro. Recentemente, la Cassazione ha confermato questa ricostruzione. V., Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, cit., che ha definito la struttura del servizio di investimento, articolato nel contratto quadro e nei successivi ordini di investimento, come una «sequenza che - in ragione di un razionale disegno di ispirazione unitaria e inteso ... a proteggere la posizione dell'investitore (nello sviluppo del principio costituzionale di tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost.) - viene a svolgersi lungo più fasi in consecuzione tra loro».

4 Nel collegamento unilaterale, solo uno dei negozi subisce l'influenza dell'altro e sarà condizionato alle sorti dell'altro, perché lo presuppone, non a caso si suole parlare a riguardo anche di rapporto di accessorialità o ausiliarità che lega il primo contratto al secondo. Vedi, in tal senso, F. MESSINEO, voce "*Contratto collegato*", in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p. 52. Nel collegamento bilaterale, invece, si allude all'interdipendenza tra contratti, nel senso che un contratto dipende dall'altro e viceversa. allorquando due contratti vengono posti in essere al fine di realizzare una determinata finalità unitaria, possibile soltanto sulla base della combinazione di essi: sicché si realizza una stretta interdipendenza funzionale tra di loro, di modo che, senza l'uno, cade l'altro. Nel collegamento unilaterale, invece, solo uno dei due contratti è condizionato dalle sorti dell'altro, poiché lo presuppone, mentre non accade il contrario (si pensi al rapporto tra negozio accessorio di garanzia e negozio principale).

Sulla effettiva utilità di una distinzione tra collegamento unilaterale e bilaterale, v. R. SCOGNAMIGLIO, voce "*Collegamento negoziale*", in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 377, il quale reputa tale distinzione di scarso interesse, valida soprattutto all'esclusivo fine di evidenziare come il collegamento possa anche operare in una sola dimensione.

5 Non sembra potersi dubitare, infatti, che il singolo ordine di investimento possa essere dichiarato nullo per un vizio specifico che lo inficia (si pensi, ad esempio, alla nullità, eccezionale, peraltro, da entrambe le parti, del singolo ordine di investimento per il mancato rispetto della forma scritta convenzionalmente pattuita nel contratto quadro, ex art. 1352 c.c. Cfr., Cass., 2 agosto 2016, n. 16053, in *www.dirittobancario.it*), ma, in siffatte circostanze, la nullità dell'ordine non si propagerà anche al contratto quadro. Ove, invece, sia il contratto quadro ad essere inficiato da un vizio di nullità, l'invalidità di quest'ultimo si propaga (secondo l'impostazione che si sposterà nel presente lavoro) a tutti i singoli ordini di investimento eseguiti a valle del medesimo. La stessa logica ricorre anche nelle ipotesi di risoluzione del contratto di investimento, nel caso in cui l'intermediario si renda inadempiente agli obblighi imposti dalla normativa legistati-

agli ordini in assenza di un contratto quadro e la caducazione di quest'ultimo renderebbe i primi acefali.

2. I nodi interpretativi posti dalla struttura bifasica del rapporto contrattuale disciplinato dal contratto quadro

Ebbene, proprio la struttura contrattuale bifasica che contraddistingue le operazioni contrattuali relative alla prestazione di servizi di investimento, come si diceva, ha determinato, all'interno del processo, l'insorgenza di "criticità applicative del regime delle nullità di protezione"⁶.

Una volta statuita la validità del contratto-quadro sottoscritto dal solo cliente, secondo il condivisibile approccio funzionalistico adottato dalle Sezioni Unite del 2018, i contratti di intermediazione finanziaria sono tornati nuovamente all'attenzione dei giudici di legittimità per l'esame di una questione, anch'essa di grande rilevanza pratica, e in qualche modo connessa alla prima, relativa alla legittimità della pretesa giudiziaria dell'investitore diretta a limitare gli effetti dell'accertamento della nullità del contratto quadro alle sole operazioni di investimento dalle quali sia derivato un pregiudizio economico.

Risolta, dunque, "a monte" la questione relativa alla validità del contratto quadro per difetto di sottoscrizione dell'intermediario, la riflessione dei giudici

va e regolamentare. All'investitore è riconosciuta la possibilità di risolvere autonomamente i singoli ordini di investimento eseguiti a valle del contratto quadro, senza necessità di coinvolgere il contratto quadro di investimento. Sotto questo profilo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è consolidato. Cfr. *ex multis*: Cass., 16 aprile 2018, n. 9382, in www.diritto bancario.it, in cui molto chiaramente si statuisce che le singole operazioni, in quanto contratti autonomi, benché esecutivi del contratto quadro, possono essere oggetto di risoluzione, in caso di inosservanza di doveri informativi nascenti dopo la conclusione del contratto quadro, indipendentemente dalla risoluzione di quest'ultimo, atteso che il momento negoziale delle singole operazioni non può rinvenirsi nel contratto quadro, senza che la risoluzione del singolo contratto esecutivo integri una risoluzione parziale del contratto quadro. L'obbligo di informazione "attiva", circa la natura, i rischi e le implicazioni della singola operazione, così come quello che impone all'intermediario di astenersi dal compiere operazioni inadeguate, si collocano in epoca successiva alla stipula del contratto quadro e pertanto, a fronte di un loro inadempimento, è possibile dichiarare la risoluzione del singolo ordine impartito dall'intermediario. In questa direzione anche Cass., 9 febbraio 2018, 3261, www.ilcaso.it; Cass., 31 agosto 2017, n. 20617, *ivi*; Cass., 23 maggio 2007, n. 12937, *ivi*; Cass., 27 aprile 2016, n. 8394, *ivi*. Recentemente, nella giurisprudenza di merito, cfr. App. Venezia, 18 giugno 2019, n. 2550.

6 Così, Cass., SS.UU., 4 novembre 2019, n. 28314, in www.diritto bancario.it

e degli operatori del diritto si è spostata “a valle”, ossia sulla sorte degli ordini di investimento attuativi di un contratto quadro nullo per vizio di forma, al fine di valutare se l’uso “selettivo” dell’azione di nullità possa in concreto determinare un impiego abusivo e opportunistico della normativa posta a tutela dell’investitore.

La questione ha acquisito sempre maggiore rilevanza proprio in considerazione del fatto che l’articolo 23 TUF impone la forma scritta, a pena di nullità, esclusivamente per il contratto quadro e non anche per i singoli ordini di investimento eseguiti a valle, per cui la nullità di questi ultimi potrà essere accertata solo in via mediata o riflessa, e, dunque, sulla base del presupposto della nullità del contratto quadro. Conseguentemente, la giurisprudenza, con il prezioso contributo della dottrina, si è preoccupata di verificare se il cliente –in considerazione della sua legittimazione esclusiva all’azione- possa agire in giudizio per far dichiarare invalide solo alcune operazioni di investimento (quelle infruttuose) eseguite a valle del contratto quadro amorfo e ottenere, per tale via, la restituzione, ex art. 2033 c.c., delle sole somme investite in relazione ad esse. Su tale ultima questione sono state, infatti, sollevate plurime perplessità, in considerazione del fatto che la dichiarazione di nullità del contratto quadro, che rappresenta un necessario presupposto perché l’intermediario possa legittimamente prestare servizi di investimento in favore del cliente, dovrebbe estendersi a colpire tutte le restanti operazioni contrattuali effettuate nel corso del rapporto di intermediazione finanziaria e compiute in base ad esso.

Proprio in tale ultima prospettiva, si è posto poi l’ulteriore problema di verificare se la banca convenuta in giudizio per la nullità del contratto quadro possa domandare, a sua volta, in via riconvenzionale, la restituzione di quanto versato al cliente in relazione alle operazioni eseguite sulla base del contratto quadro nullo o se, invece, possa solo paralizzare, in tutto o in parte, l’azione del

cliente, eccependone l'inammissibilità in quanto volta a abusare giudizialmente di uno strumento giuridico di protezione⁷.

Ulteriori nodi problematici sono stati segnalati con riferimento alla possibilità di configurare in questa materia, nella prospettiva di assicurare una tutela effettiva degli interessi dell'investitore, dei rimedi restitutori asimmetrici, pur nella consapevolezza che l'art. 23 TUF non contempli alcuna deroga esplicita al principio generale della ripetibilità delle prestazioni eseguite in forza di un contratto nullo, ex art. 2033 c.c.

Nel presente contributo si affronterà, dunque, lo spinoso problema dell'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità nei contratti di intermediazione finanziaria, che da alcuni anni costituisce oggetto di serrato dibattito tra gli interpreti. Più in particolare l'attenzione sarà appuntata sulla possibile estensione degli effetti della dichiarazione di nullità del contratto quadro alle operazioni di investimento che non hanno formato oggetto della domanda giudiziale di nullità e sui limiti di tale estensione.

Sul tema, che si presenta di stringente attualità, è mancata una sostanziale unanimità di vedute sia nella dottrina che più specificatamente si è occupata dell'argomento, sia nella giurisprudenza, tanto di merito che di legittimità, che non è riuscita a fornire soluzioni univoche e appaganti.

La complessità della materia ha, dunque, reso necessario l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite⁸.

⁷ In proposito la giurisprudenza di merito aveva già da tempo segnalato che un eccessivo rigore nella lettura della prescrizione formale contenuta nell'art. 23 t.u.f., potesse aprire ad un uso opportunistico del diritto da parte del cliente il quale, pur dopo molto tempo di fruttuosa esecuzione del contratto, si risolveva a dedurre la nullità *ab origine* del contratto-quadro per difetto formale, al solo fine di richiedere la restituzione del capitale investito in relazione alle operazioni andate in default. Cfr., tra le tante, Trib. Torino, 7 marzo 2011, in *www.ilcaso.it*. In dottrina, v., per tutti, D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, p. 33.

⁸ Corre l'obbligo di segnalare che la questione relativa alla presunta contrarietà a buona fede delle c.d. nullità selettive era stata già rimessa all'attenzione delle Sezioni Unite, con tre ordinanze coeve, attraverso le quali la Prima Sezione aveva stimolato l'intervento dei giudici del massimo ufficio giudiziario al fine di impedire che la nullità del contratto-quadro per difetto di forma scritta potesse essere opportunisticamente utilizzata dall'investitore per abusare di una posizione di vantaggio conferita dalla legge ad altri fini. Tuttavia, in quella occasione, le Sezioni

Ed infatti la prima Sezione della Cassazione⁹, dopo aver evidenziato la rilevanza e la delicatezza della questione attinente all'uso selettivo della nullità nel diritto dell'intermediazione finanziaria, ha rimesso all'esame delle Sezioni Unite la "questione di massima di particolare importanza" concernente la possibilità per l'investitore di fare un uso "selettivo" della nullità del contratto quadro, limitando gli effetti di tale accertamento solo ad alcune delle operazioni (quelle sfavorevoli) poste in essere in esecuzione del rapporto di intermediazione finanziaria.

La Cassazione a Sezioni Unite¹⁰, dal canto suo, esaminando *funditus* le questioni attinenti all'uso selettivo della nullità del contratto quadro, ha ritenuto legittima la condotta processuale dell'investitore che agisce nei confronti dell'intermediario al fine di ottenere la declaratoria di nullità solo di alcuni ordini di acquisto di strumenti finanziari eseguiti sulla base di un contratto quadro nullo, ritenendo tale condotta, di per sé, non contrastante con lo statuto normativo delle nullità di protezione¹¹. Nondimeno, il Supremo Collegio ha avuto cura di precisare che l'uso selettivo della nullità del contratto quadro deve esse-

Unite, una volta statuita l'irrilevanza del difetto di sottoscrizione dell'intermediario e la conseguente validità del contratto c.d. monofirma, hanno ritenuto assorbita la questione concernente l'esercizio selettivo, da parte dell'investitore, della nullità del contratto quadro. Cfr. Cass., 17 maggio 2017, n. 12388, 12389, 12390, in *Società*, 2017, 1248, con nota di G. AFFERNI. Si segnala l'articolato commento di U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite 12390/17*, cit., p. 828 ss.

9 L'ordinanza di rimessione alla quale si allude è Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in *Foro it.*, 2019, 975 ss., con nota di PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 46 ss. e di F. TONINI, *L'invalidità 'selettiva' del contratto di investimenti rimessa alle Sezioni unite*, in *Corr. Giur.* 2019, 172 ss., con nota di M. RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni unite* e di D. MAFFEIS, *Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Giur. it.*, 2019, 763 ss., con nota di C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?* e di F. BICHIRI, *La nullità selettiva nei contratti di investimento. La questione alle Sezioni unite*; A. DALMARTELLO, *L'uso selettivo della nullità nei contratti di intermediazione finanziari al vaglio delle Sezioni Unite*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. GRANELLI, 2019, 446.

10 Cass., SS. UU., 4 novembre 2019 n. 28314, cit.

11 Per una analoga impostazione, cfr., U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite n. 12390/2017*, cit., 828 ss., il quale, mostrando adesione all'orientamento favorevole all'uso selettivo della nullità, afferma che «il modulo della 'selettività' propone una dinamica effettuale pienamente coerente con lo statuto che connota il paradigma legale della nullità protettiva».

re modulata e conformata dal principio di buona fede, secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente, sì che l'intermediario «ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro».

Nel contesto della pronuncia, dunque, il principio di buona fede si manifesta, di per sé, come “criterio strutturale” in grado di guidare l'interprete nella valutazione del carattere abusivo della domanda di nullità formulata in modo selettivo da parte dell'investitore. L'estensione si pone, dunque, nel solco del “territorio operativo”: l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale non deve comportare effetti distorsivi, estranei alla *ratio* riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di protezione è stato introdotto.

Viene così a emergere – netta – l'impostazione di fondo della decisione. L'uso selettivo della nullità *non è di per sé* contrario al canone di buona fede, ben potendo l'investitore limitare la domanda di nullità alle sole operazioni di investimento non redditizie eseguite sulla base di un contratto quadro nullo per difetto di forma. La pronuncia, tuttavia, non si ferma qui. Prosegue per osservare che quando l'azione di nullità utilizzata in forma selettiva determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato all'intermediario, a quest'ultimo è riconosciuta la titolarità di «un'eccezione qualificabile come di buona fede idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva», il cui fondamento poggia sui «principi di solidarietà e uguaglianza sostanziale, di derivazione costituzionale», i quali operano «come strumenti di riequilibrio effettivo endocontrattuale».

A prima lettura, dunque, la decisione così tracciata, pur nel riconoscibile sforzo di individuare una soluzione al contrasto interpretativo, appare orientata alla logica del compromesso, attenta cioè a contemperare le opposte esigenze che si registrano in materia di intermediazione finanziaria: garantire gli investi-

menti operati dai privati con i loro risparmi (art. 47 Cost.) e salvaguardare, allo stesso tempo, la posizione dell'intermediario contro sacrifici economici sproporzionati, in nome di un interesse più generale alla certezza dei rapporti sui mercati finanziari.

Si tratta, com'è intuibile già da queste prime note introduttive, di una pronuncia ricca di spunti ricostruttivi che, tuttavia, sul piano dogmatico, non sembra convincere. Il che, per la verità, non viene per nulla a diminuire l'importanza della decisione, che schiude, con sfumature diverse, tematiche complesse che si collocano sul crinale tra diritto e processo.

3. La soluzione delle Sezioni Unite. Gli itinerari argomentativi del Supremo Collegio

Come si è accennato, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 28314/2019, sono tornate ad interpretare il testo dell'art. 23 TUF, esaminando *funditus*, attraverso un approccio sistematico ed evolutivo, la questione relativa all'esatta determinazione degli effetti e delle conseguenze giuridiche connesse al comportamento selettivo dell'investitore nel rilievo della nullità.

La soluzione offerta dal Supremo Collegio, come si vedrà, si mostra articolata e consente, almeno *prima facie*, di affermare che è stata fornita una risposta risolutiva alla *vexata quaestio* della legittimità dell'uso selettivo della nullità da parte dell'investitore.

Ed in effetti, il Supremo Collegio mette sin da subito in evidenza che l'uso selettivo della nullità del contratto quadro «non contrasta in via generale con lo statuto normativo delle nullità di protezione» e, conseguentemente, l'investitore potrà azionare la sua pretesa giudiziaria limitandola ai soli ordini che lo hanno in concreto pregiudicato, potendo, invece, mantenere quelli che hanno generato delle plusvalenze e che, proprio per questo motivo, non ha interesse ad impugnare. A seguito della declaratoria di nullità delle operazioni selezionate, l'investitore avrà quindi il diritto alla restituzione delle somme impiegate negli investimenti impugnati, mentre l'intermediario «alla luce del peculiare

regime delle nullità di protezione, non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale o in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c. ».

All'esito dell'arresto dei giudici in sede nomofilattica, lo statuto normativo delle nullità di protezione – caratterizzato, come è noto, da peculiari elementi di specialità rispetto alla nullità di diritto comune, con specifico riguardo alla modalità unidirezionale di attivazione del rimedio – viene dotato anche di un singolare, quanto inedito, regime restitutorio unilaterale, caratterizzato da una portata sanzionatoria-punitiva per l'intermediario, al quale viene negata la possibilità di avvalersi delle conseguenze restitutorie dirette della nullità del contratto, attribuendo, in questo modo, all'investitore una insolita *soluti retentio*, pur in assenza nell'art. 23 TUF di una espressa deroga all'art. 2033 c.c. e non ricorrendo i presupposti applicativi dell'art. 2035 c.c.

Di conseguenza, secondo la lettura della Cassazione, solo l'investitore potrà beneficiare degli effetti diretti della nullità, mentre l'intermediario, privato della tutela obbligatoria del *solvens sine causa*, nei confronti dell'*accipiens*, non potrà agire per la ripetizione dell'indebito di quanto prestato sulla base del titolo nullo. Tuttavia, precisa ancora la Cassazione, se dalla domanda diretta a colpire solo alcuni ordini di acquisto dovesse determinarsi, alla luce di una valutazione complessiva degli investimenti eseguiti, un sacrificio economico in danno all'intermediario, quest'ultimo potrà sollevare un'eccezione qualificabile come di buona fede idonea a paralizzare (totalmente o parzialmente) le pretese restitutorie dell'investitore.

La Corte precisa, inoltre, che tale eccezione sarà opponibile solo nei «limiti del *petitum* azionato» e sarà potenzialmente in grado di ridurlo fino ad azzerarlo del tutto, qualora «*gli investimenti relativi agli ordini non coinvolti dall'azione abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore*». Più precisamente, se all'esito di una valutazione complessiva dell'andamento del rapporto di intermediazione finanziaria, dovesse risultare che le perdite subite nelle operazioni contestate

con l'azione di nullità siano “compensate”, in tutto o in parte, dai vantaggi economici derivanti dalle operazioni di investimento estromesse dall’iniziativa processuale dell’investitore, all’intermediario è accordata la possibilità, attraverso l’eccezione di buona fede, di paralizzare la domanda restitutoria sollevata dall’investitore¹², in una sorta di inedita *compensatio lucri cum danno* operante, tuttavia, all’interno del perimetro dell’azione di ripetizione dell’ indebito oggettivo, che secondo i principi fondanti del nostro ordinamento, è accordata dalla legge, ai sensi dell’art. 1422 c.c., ad entrambe le parti al fine di ottenere la restituzione di quanto indebitamente prestato in esecuzione del contratto nullo.

Quanto alle argomentazioni addotte per l’assunzione di un livello lontano da quanto l’ordinamento esiga, la decisione sembra muoversi, a guardarla nel suo complesso, in una combinazione tra principi generali del sistema e ricerca equitativa tra contrapposte esigenze che vengono in rilievo. Da un lato, garanzia degli investimenti privati, e, dall’altro, tutela dell’intermediario, ricorrendo alla clausola generale di buona fede come criterio arginante l’uso arbitrario dello strumento di tutela. In questa prospettiva, dunque, la buona fede viene a svolgere una importante funzione di riequilibrio strutturale del rapporto tra le parti, diventando strumento nella disponibilità del giudice per sindacare direttamente l’equilibrio contrattuale.

All’esito di un percorso argomentativo articolato, di cui si darà conto a breve, le Sezioni Unite enunciano il seguente principio di diritto: «la nullità per difetto di forma scritta, contenuta nell’art. 23, comma 3, del D.Lgs. n. 58 del 1998 (TUF), può essere fatta valere esclusivamente dall’investitore con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell’accertamento operano sol-

12 Sul punto la sentenza è chiara: «l’eccezione sarà opponibile, nei limiti del *petitum* azionato, come conseguenza dell’azione di nullità, ove gli investimenti, relativi agli ordini non coinvolti dall’azione, abbiano prodotto vantaggi economici per l’investitore. Ove il *petitum* sia pari od inferiore ai vantaggi conseguiti, l’effetto impeditivo dell’azione restitutoria promossa dall’investitore sarà integrale. L’effetto impeditivo sarà, invece, parziale, ove gli investimenti non colpiti dall’azione di nullità abbiano prodotto risultati positivi ma questi siano di entità inferiore al pregiudizio determinato nel *petitum*» (§ 23)

tanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un "ingiustificato sacrificio economico" a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro».

Il ragionamento seguito dal Supremo Collegio per arrivare a statuire il principio di diritto testè richiamato si snoda lungo due direttrici di fondo, che riproducono essenzialmente i principali argomenti che hanno costituito oggetto di ampio dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza e che hanno posto significativi problemi di ordine sistematico.

La prima direttrice ruota attorno al tema della natura della nullità relativa di protezione, in particolare al suo inquadramento teorico e al delicato rapporto intercorrente tra il profilo attinente alla legittimazione ad agire in giudizio riservata al solo cliente e l'estensione degli effetti che da tale esercizio naturalmente conseguono.

La seconda direttrice, che poi conduce alla soluzione individuata dal Supremo Collegio per risolvere le problematiche concrete, ruota intorno al concetto di buona fede oggettiva.

La Suprema Corte, nella sua autorevolezza nomofilattica, cerca di fornire una soluzione definitiva al tema controverso dell'estensione degli effetti della dichiarazione di nullità del contratto quadro anche alle operazioni di investimento che non hanno formato oggetto della domanda giudiziale, attraverso il ricorso al criterio oggettivo della buona fede, che viene utilizzato come strumento in grado di correggere eventuali eccessi di protezione in favore dell'investitore. Così statuendo, tuttavia, come vedremo, il Supremo Collegio si dirige verso un territorio insidioso, soprattutto nella misura in cui si individua nel criterio della buona fede oggettiva un parametro univoco e coerente in grado di conformare, sul piano quantitativo, gli effetti del *petitum* restitutorio.

Nelle pagine seguenti, per comodità espositiva, si analizzerà la decisione seguendo idealmente le due direttrici evocate.

3.1 La nullità selettiva e la sua presunta compatibilità con lo statuto giuridico delle nullità di protezione

Il punto di partenza del telaio motivazionale delle Sezioni Unite è rappresentato da alcune significative considerazioni sul regime giuridico delle nullità di protezione.

In particolare, il Supremo Collegio, chiamato a pronunciarsi sull'esatta determinazione degli effetti e delle conseguenze giuridiche derivanti dall'azione di nullità selettiva proposta dall'investitore, ha ritenuto preliminarmente opportuna una ricognizione del quadro normativo esistente in materia di nullità di protezione, non ritenendo sufficiente limitare l'analisi alla sola disciplina contenuta nell'art. 23 TUF. L'indagine, pertanto, viene estesa anche ad aree contigue, così da avere un prospetto comparativo il più possibile completo del peculiare regime giuridico applicabile alle diverse forme di invalidità presenti nei codici di settore.

All'esito della suddetta ricognizione sistematica e operato il confronto tra l'art. 23 TUF e le disposizioni di cui agli artt. 117 TUB, 127 TUB e 36 Cod. cons., la Corte, da un lato, individua nella legittimazione ad agire in giudizio ristretta a solo contraente debole il tratto unificante del regime giuridico applicabile alle nullità di protezione; dall'altro, si sofferma sulle "conseguenze sostanziali" che da tale peculiare regime di legittimazione ristretta discendono, e che sono riconducibili alla regola normativa per cui "la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice".

Di qui, dunque, la costruzione, in via pretoria, di uno statuto normativo comune applicabile alle diverse ipotesi di nullità di protezione presenti nei codici di settore, tutte accomunate, secondo la Cassazione, dai seguenti tratti caratteristici: i) possono essere fatte valere soltanto dal contraente debole del rapporto; ii) possono essere rilevate d'ufficio dal giudice, ma sempre nell'interesse

esclusivo del contraente debole; iii) operano esclusivamente a vantaggio della parte protetta.

Benché nell'art. 23 TUF si faccia riferimento solo alla legittimazione ad agire ristretta al solo investitore e non vi sia alcun esplicito riferimento né al rilievo dell'operatività della nullità di protezione a esclusivo vantaggio della sola parte protetta, né a quello della rilevabilità d'ufficio della stessa - espressioni testualmente presenti solo negli artt. 36, comma 3, cod. cons. e nell'art. 127 TUB - il Supremo Collegio, attraverso un'interpretazione correttiva "costituzionalmente orientata" e ritenuta coerente con i "principi di diritto eurounitario", non esita a estendere anche a quest'ultima disposizione i due summenzionati tratti peculiari.

La Cassazione sembra voler portare a compimento, in questo modo, la costruzione dello statuto generale delle nullità di protezione già avviata dai giudici nomofilattici nel 2014¹³, i quali, come è noto, dopo aver definitivamente

13 Il riferimento è alle sentenze gemelle Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 2624 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I, c. 922 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni Unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; in *Corr. giur.*, 2015, I, p. 70 ss., con note di V. CARBONE, *"Porte aperte" delle sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, e di I. PAGNI, *Nullità del contratto - Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*; in *Corr. giur.*, 2015, II, 225 ss., con nota di C. CONSOLO - F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 299 ss., con nota di N. RIZZO, *Commento a Cassazione Sezioni Unite 26242 del 2014*; in *Dir. civ. cont.* 15 marzo 2015, p. 6 ss., con nota di F. RUSSO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (nota in margine a Cass., sez. un., 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*; M. GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 t.u.b. (con obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 1616; S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass., 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime incomprensioni interpretative*, in *Pers. e merc.*, 2015, 2, p. 216 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite e il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, p. 197 ss.; A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2015, I, p. 944 ss.; I. DELLI PRISCOLI, *Rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione, contraente "debole" e tutela del mercato*, in *Giur. Comm.*, 2015, II, p. 978; I. PRISCO, *Sui limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità: punti fermi e nodi da sciogliere dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Rass. Dir. civ.*, 2014, p. 573; L. GALANTI, *Nullità contrattuale tra giudicato esterno e giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1359 ss.; G. VERDE, *Sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 748 ss. Attraverso l'importante intervento nomofilattico si è affermato, per la prima volta, che il giudice ha il potere di rilevare d'ufficio tutte le nullità e, dunque, anche quelle di protezione, essendo il regime del rilievo officioso coessenziale alla tutela di interessi e valori fondamentali, quali il corretto funzionamento del mercato nonché «l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli», che costituisce appunto il tratto specifico delle nullità in questione. Si è affermato, in altri termini, che la specialità che caratterizza le nullità di protezione si

escluso il carattere eccezionale delle nullità di protezione rispetto al regime della nullità generale, hanno affrontato e risolto la questione processuale relativa alla estensione della rilevabilità *ex officio* del giudice a tutte le nullità, e, dunque, anche a quelle di protezione, ritenendola ammissibile, in quanto naturale e necessario complemento del regime protettivo, strumentale alla salvaguardia dei valori fondamentali dell'ordinamento¹⁴.

riflette non solo sulla disciplina sostanziale, ma anche su quella processuale, poiché anch'esse sono volte a tutelare interessi generali, non solo particolari, che coincidono con l'interesse al complessivo equilibrio contrattuale e con il rispetto delle regole di mercato.

14 Per lungo tempo la dottrina si è interrogata sulla tendenziale incompatibilità delle nullità a legittimazione relativa con il potere officioso del giudice di rilevarle, sembrando, almeno *prima facie*, contraddittorio rendere, da un lato, la parte debole arbitra della sorte del contratto e, dall'altro, attribuire al giudice il potere di sostituirsi ad essa nella valutazione circa la caducazione o la conservazione del vincolo. In argomento, cfr., G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 141. In senso analogo, G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit. 189, il quale ha indagato *funditus* tale incompatibilità. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. Un., 11 novembre 1974, n. 3508, in *Giur. it.*, 1971, 815, che aveva rilevato una incompatibilità logica tra il carattere relativo della nullità e il rilievo officioso della nulla da parte del giudice. Purtuttavia, l'introduzione da parte dello stesso legislatore di ipotesi di nullità relative rilevabili d'ufficio dal giudice ha imposto una rimeditazione della questione da parte degli studiosi. Così, è stato efficacemente affermato, con specifico riferimento alle nullità relative di protezione, che la supposta contraddizione e incompatibilità tra la legittimazione riservata e la rilevabilità d'ufficio si mostra più apparente che reale: la rilevabilità d'ufficio della nullità relativa non implica l'arbitraria sovrapposizione della valutazione del giudice a quella, eventualmente difforme, compiuta dal soggetto legittimato, ma è, all'opposto, prevista in funzione di una migliore protezione dell'interesse del contraente nell'ipotesi in cui quest'ultimo non si accorga della possibilità di azionare lo strumento rimediabile. La rilevabilità d'ufficio è, dunque, parte integrante dello statuto della nullità e non vi è ragione di distinguere, sotto questo aspetto, la nullità di diritto comune e le nullità di diritto privato europeo. Anche in questo secondo ambito, ed a prescindere dalla presenza o meno di una previsione espressa nella fattispecie, il giudice ha il dovere del rilievo officioso a tutela della parte protetta dalla nullità, anche se è rimessa alla decisione della parte la scelta di avvalersene o meno, sulla base di una valutazione compiuta nel proprio esclusivo interesse. Tutto ciò ha trovato una significativa conferma in Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 2624 e 26243, cit., secondo la quale la rilevabilità d'ufficio della nullità non è affatto disfunzionale all'attuazione dell'interesse prioritariamente protetto, che ne risulta, invece, all'opposto rafforzato, poiché si accorda, in questo modo, al contraente destinatario della normativa di protezione uno strumento di difesa aggiuntivo da esercitare nella dinamica del processo. Come è stato ricordato dall'organo di nomofilachia, accanto alla protezione dell'interesse del contraente ritenuto debole da parte del legislatore, la nullità relativa ha lo scopo anche di assicurare la protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità. Si è pure chiarito, ai fini della soluzione del quesito circa l'ammissibilità del rilievo officioso di tale ipotesi di nullità, che la risposta positiva a tale quesito risulta funzionale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il cor-

Oggi le Sezioni Unite tornano sull'individuazione dei tratti distintivi delle nullità protettive¹⁵, evidenziando un'ulteriore caratteristica peculiare delle stesse: non più solo legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio, seppur condizionata all'interesse concreto del contraente debole, ma anche operatività ad esclusivo vantaggio del cliente *degli effetti della nullità del contratto*¹⁶. Ed è, come vedremo, proprio la caratteristica dell'operatività della nullità a vantaggio del solo contraente protetto che finisce per avere un peso determinante nella intelaiatu-

retto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.), atteso che lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese. Con la suddetta pronuncia, la Cassazione si allinea all'orientamento della Corte di Giustizia Europea, la quale, sempre più frequentemente, al fine di garantire effettività della tutela del consumatore, è intervenuta a chiarire l'estensione dei poteri del giudice di rilevare d'ufficio la nullità. Cfr. Corte giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, in cui si riconosce il potere del giudice di rilevare d'ufficio, in qualsiasi fase del procedimento, la natura abusiva di una clausola sugli interessi moratori inserita in un contratto, in relazione ad una domanda di ingiunzione, anche prima dell'eventuale opposizione del consumatore; analogamente Corte giust. UE, 17 dicembre 2009, C-227/08, secondo cui in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali il giudice può dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto rientrante nell'ambito di applicazione di tale direttiva nel caso in cui il consumatore non sia stato informato del suo diritto di recesso, anche qualora detta nullità non sia mai stata fatta valere dal consumatore; e Corte di giust. UE, 4 giugno 2009, in causa C-243/08, in cui si è affermato che il diritto dell'Unione riconosce al giudice nazionale non già la semplice facoltà, ma l'obbligo di esaminare d'ufficio la natura abusiva delle clausole inserite dai professionisti nei contratti con i consumatori, e, in quanto nulle, non applicarle, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga. Con questa pronuncia, i giudici di Lussemburgo, hanno evidenziato la finalità protettiva del contraente debole perseguita da tali nullità – che diventa perciò arbitro delle sorti del contratto – e hanno statuito che il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri officiosi, ha il compito di avvisare il consumatore dell'intenzione di dichiarare la natura abusiva della clausola, onde permettere a quest'ultimo di opporsi. Cfr., in dottrina, S. MONTICELLI, *La rilevanza d'ufficio condizionata della nullità di protezione il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, cit., p. 1115 ss.; R. ALESSI, *"Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 147. S. OTTONI, *Clausole abusive e giurisdizione: competenza delle Corti e poteri d'ufficio dei giudici nazionali*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 45

15 Considera la pronuncia resa a sezioni Unite in materia di nullità selettive il secondo pilastro del percorso giurisprudenziale d'identificazione del regime delle nullità di protezione, nell'ambito di un più ampio processo interpretativo avviato dalla Suprema Corte nel 2014 sul rilievo officioso del vizio, A. DALMARTELLO, *«La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 33. Anche C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova giur., civ. comm.*, 2020, p. 176 ss., individua un primo profilo di interesse della sentenza nel tentativo di costruire, in via giurisprudenziale, uno statuto normativo delle nullità di protezione, per mezzo dell'interrogativo volto a stabilire se «si possa configurare una disciplina generale comune a tutte le nullità di protezione, salvo differenze di dettaglio ove previste da una normativa specifica di settore, o se vi sia la coesistenza di differenziate forme di nullità di protezione, ciascuna dotata di un proprio statuto giuridico anche in relazione all'esercizio selettivo dell'azione

ra argomentativa che sorregge la soluzione offerta dal Supremo Collegio. Ché, da un lato, si riconosce all'investitore la possibilità di azionare il rimedio della nullità anche selettivamente, decidendo, sulla base del proprio interesse e in considerazione della lesione asseritamente subita, quali tra i diversi ordini di investimento effettuati caducare e quali, viceversa, conservare¹⁷; dall'altro, si statuisce che degli effetti processuali e sostanziali della nullità possa avvantaggiarsi solo l'investitore, negando, in tal modo, all'intermediario la possibilità di avvalersi degli effetti caducatori e restitutori che naturalmente conseguono, almeno in base alle regole di diritto comune dettate in materia di ripetizione dell'indebitto oggettivo, dalla pronuncia di nullità del contratto.

Si delinea, in questo modo, un regime giuridico delle nullità di protezione profondamente diverso rispetto a quello di matrice codicistica, statuendosi che «della dichiarata invalidità del contratto quadro, ancorché accertata con valore di giudicato...può avvalersi soltanto l'investitore, sia sul piano sostanziale della legittimazione esclusiva che su quello sostanziale dell'operatività ad esclusivo vantaggio di esso»¹⁸, nonostante tale *favor contractus* mal si concili, come vedremo, non solo con una lettura rigorosa dell'art. 23 TUF, che non contiene alcuna deroga esplicita al principio della ripetibilità delle prestazioni eseguite in for-

di nullità». L'A, pur precisando che la sentenza non sembra fornire una risposta esplicita al riferimento interrogativo, in essa emerge comunque chiaramente l'indicazione verso la costruzione di una disciplina generale comune a tutte le ipotesi di nullità di protezione, in grado di differenziarsi da quello proprio delle nullità in generale.

16 Si sofferma sul passaggio della motivazione che valorizza la caratteristica dell'operatività delle nullità di protezione a vantaggio del solo cliente, A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 95 ss., il quale, partendo dall'assunto che l'operatività a vantaggio rappresenta lo scheletro strutturale delle nullità di protezione, indaga sui limiti alla capacità espansiva della regola «in sé stessa aperta» della operatività della nullità soltanto a vantaggio del contraente protetto.

17 Chiaro a riguardo il recitativo della Cassazione nel §19. In particolare, nel respingere la tesi che rinviene nell'uso selettivo della nullità di protezione sempre e comunque una violazione del canone di buona fede, la Cassazione non manca di rilevare che così statuendo si finisce per trascurare «la strutturale vocazione delle nullità protettive a un uso selettivo, ancorché non arbitrario, in quanto correlato alla operatività a vantaggio esclusivo di uno dei contraenti».

18 Cfr. § 22.1 del recitativo della Cassazione.

za del contratto quadro nullo per difetto di forma, ma anche con i principi generali di diritto sostanziale e processuale vigenti nel nostro ordinamento.

A tal proposito, infatti, vale la pena di evidenziare che, nonostante le innegabili peculiarità che connotano il regime giuridico delle nullità di protezione¹⁹, queste ultime costituiscano, almeno secondo la dottrina maggioritaria²⁰, nonché la giurisprudenza delle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione²¹,

19 Il modello rimediabile riconducibile alle nullità di protezione, pur nella eterogeneità dei contesti applicativi in cui le stesse sono comminate - che ha reso conseguentemente arduo ogni tentativo compiuto dalla dottrina di operarne una *reductio ad unum* -, si caratterizza per dei tratti del tutto peculiari che lo differenziano rispetto alle nullità di diritto comune. Le prime, infatti, a differenza delle seconde, sono consegnate in modo da elidere i consueti caratteri dell'assolutezza della legittimazione ad agire e dell'inefficacia assoluta del contratto. È ormai opinione pressoché indiscussa che l'introduzione nel nostro sistema giuridico di queste peculiari forme di nullità abbia minato alle fondamenta la concezione monolitica e unitaria della nullità contrattuale consegnataci dalla tradizione. Quest'ultima, infatti, intesa come categoria radicale di invalidità (e, come tale, caratterizzata dall'assoluta inidoneità alla produzione di effetti (art. 1423 c.c.), da una legittimazione processuale a far valere la nullità, mediante esercizio di una azione imprescrittibile (art. 1422 c.c.), allargata a chiunque ne abbia interesse e rilevabile d'ufficio dal giudice ((art. 1421), appunto perché rimedio che reagisce contro difetti che intaccano interessi di carattere generale o pubblico), è sempre stata contrapposta al rimedio dell'annullabilità che può, invece, essere esercitato giudizialmente solo dalla parte nel cui interesse la causa di annullamento è stabilita, è rimedio che protegge solo il contraente colpito dal vizio e che diventerà, pertanto, arbitro della sorte del contratto, che, almeno fino alla domanda costitutiva di annullamento, è destinato a produrre tutti gli effetti cui è preordinato.

20 G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 740 ss; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, 13 ss; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 163 ss; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., p. 437 ss.

21 Così Cass. Sez. Un. 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., recentemente richiamate da Cass., 22 novembre 2019, n. 30555, in www.dirittoegustizia.it, che osserva che i giudici di nomofilachia hanno offerto gli strumenti interpretativi per rendere compatibili le peculiarità del regime delle nullità relative con le regole generali dettate dal codice civile in tema di nullità. In proposito si è opportunamente ricordato che, accanto alla protezione dell'interesse del contraente ritenuto debole dal legislatore, la nullità relativa ha lo scopo anche di assicurare la protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità. Si è pure chiarito, ai fini della soluzione del quesito circa l'ammissibilità del rilievo officioso di tale ipotesi di nullità, che la risposta positiva a tale quesito risulta funzionale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.), atteso che lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese.

una *species* del più ampio *genus* della nullità²² e che, dunque, benché possano essere fatte valere soltanto da una delle parti, conservino le caratteristiche di vizio radicale, che rende il contratto assolutamente inidoneo a produrre effetti giuridici approvati dall'ordinamento. Ne consegue, pertanto, che la sentenza dichiarativa della nullità pronunciata dal giudice, appunto perché diretta ad accertare siffatta inidoneità con efficacia *ex tunc*, autorizzerà conseguentemente, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito, ex art. 2033 c.c, il ripristino tra le parti dello *status quo ante*, eliminando dal mondo del diritto, «l'apparenza del diritto causato dal contratto, in quanto nullo»²³.

Se così è, dunque, appare difficile sostenere, almeno in una prospettiva *de jure condito*, che il giudicato sulla *quaestio nullitatis*, anche quando si tratti di nullità di protezione, non abbia quale logica e inevitabile conseguenza quella di attribuire alle parti stesse il diritto alla restituzione di quanto prestato in esecuzione

22 Cfr. Cass. Sez. Un. 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., secondo cui «[l]a rilevabilità ufficiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da considerarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una “*species*” del più ampio “*genus*” rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi valori fondamentali -quali il corretto funzionamento del mercato (articolo 41, Cost) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli(art. 3 Cost)- che trascendono quelli del singolo». Non condivide questa conclusione, A. GENTILI, *La “nullità di protezione”*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77, il quale osserva che «la nullità di protezione non è una nullità speciale, ma solo la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle forme tradizionali di nullità, già nota ai codici, in cui interagiscono fra loro l'interesse del privato e l'interesse generale; [...] la nullità di protezione non è una categoria unitaria, se non nella misura in cui è un genere comune, che accoglie però diverse specie e quindi diverse discipline; [...] in ciascuna specie di nullità di protezione, attese le caratteristiche del caso, la disciplina dipende dalla possibilità di realizzare l'interesse generale senza detrimento dell'interesse privato protetto». All'esito del recente intervento reso a Sezioni Unite in materia di nullità selettive, anche A. A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, cit, pp. 97-98, si domanda se si possa ancora discorrere, come fanno più arresti della Suprema Corte, di rapporto di genere a specie «o se non si debba piuttosto riconoscere che si tratti di sistemi paralleli (...) l'uno solo di misura applicativa più estesa dell'altro».

23 Così testualmente S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, cit., p. 164, il quale, inoltre, sottolinea «l'incondivisibilità della conclusione cui oggi pervengono le sezioni unite, che pur affermando che il giudicato investe la *quaestio nullitatis* sul contratto quadro, ne circoscrivono, poi, le conseguenze, ma a parere di chi scrive senza un solido fondamento normativo, anzi in distonia con i principi generali del diritto processuale e sostanziale, assumendo che di tale giudicato può avvalersi soltanto l'investitore «sia sul piano sostanziale (*rectius*: processuale) della legittimazione esclusiva che su quello sostanziale dell'operatività ad esclusivo vantaggio di esso».

del contratto nullo, secondo i principi regolanti l'indebito oggettivo ex art. 2033 c.c. Se il rapporto tra nullità assoluta e nullità di protezione non è di regola a eccezione, ma, al più, di specie a genere, allora le norme codicistiche andranno applicate nella misura in cui le stesse siano compatibili con la speciale *ratio* delle nullità di protezione.

Non sembra, inoltre, che la formula legislativa per cui la nullità operi solo a vantaggio del contraente debole, contenuta nell'art. 36 cod. cons. e, dal 2010, estesa anche all'art. 127, comma 3, TUB, possa autorizzare l'interprete a spostare il baricentro della tutela dalla legittimazione relativa della nullità alla disponibilità *ex uno latere* degli effetti della dichiarazione di nullità, finendo, in questo modo, per accordare alla sola parte protetta il beneficio esclusivo degli effetti della dichiarazione di nullità del contratto²⁴.

In effetti, a voler essere coerenti col sistema, tale formula andrebbe interpretata nel senso che l'operatività della nullità è rivolta ad esclusivo vantaggio della parte protetta, nel senso che solo quest'ultima avrà il vantaggio, rispetto alla controparte, di decidere se agire o meno per farla valere. Attraverso il restringimento della legittimazione a far valere in giudizio la nullità, del resto, il legislatore tende a impedire un utilizzo "abusivo" della patologia negoziale da parte del contraente forte, in danno a quello protetto, rimettendo il rilievo del vizio alla volontà della sola parte debole del rapporto.²⁵ Così, il contraente protetto diventerà arbitro delle sorti del contratto, che potrà decidere di caducare, esercitando il diritto all'azione a lui riservata o conservare, eseguendo un

24 E' questo il passaggio della motivazione che ha sollevato le maggiori critiche nei primi commentatori. Cfr. A. TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*, cit., p. 156 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, cit., 179, secondo il quale il percorso argomentativo intrapreso dalla Cassazione, diretto a estendere la regola della legittimazione esclusiva del cliente a far valere la nullità, sancita dall'art. 23, comma 3, TUF, al piano della disciplina delle azioni di ripetizione conseguenti la nullità, appare particolarmente arduo. Analogamente S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, cit., p. 163; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, ivi, p. 154 ss; A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione*, cit., A. IULIANI, *Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*, cit., p. 277 ss. 25 Cfr. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità relative e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 15

contratto che presenta un assetto di interessi difforme rispetto a quello imposto dalla legge.

Se, dunque, unilaterale è, senz'altro, la possibilità di dedurre in giudizio il vizio di nullità che inficia il contratto, si ritiene che le conseguenze che discendono dalla declaratoria di nullità non possano che essere quelle ordinarie, bilaterali e reciproche. Il rimedio demolitorio determinerà, conseguentemente, il sorgere di reciproci obblighi restitutori, ciascuno dei quali andrà fatto valere mediante apposita domanda giudiziale, sia che si tratti di nullità di diritto comune, sia che si tratti di nullità speciali²⁶.

E, purtuttavia, come si diceva, non è questa la conclusione alla quale giunge la Cassazione nella sentenza resa a Sezioni Unite, la quale, all'esito di un percorso argomentativo piuttosto articolato, dopo aver postulato in premessa una dimensione unitaria delle nullità di protezione e valorizzato il portato della regola della operatività a vantaggio della nullità di protezione - considerata regola direttamente discendente dalla "legittimazione esclusiva del cliente ad agire in giudizio"- finisce per affermare che il carattere relativo della nullità non operi solo sul piano della legittimazione ad agire in giudizio per farla accertare, ma anche su quello, diverso, delle modalità attraverso cui tale nullità opera (i.e. a vantaggio di chi).

Ne consegue che l'investitore avrà non solo la disponibilità dell'azione di nullità relativa, ma anche la disponibilità degli effetti dell'azione, pur in assenza di una specifica previsione che legittimi una tale interpretazione.

Si finisce così, assai discutibilmente, per conferire alla disciplina delle nullità di protezione una "eversività" tale da recidere qualsiasi legame con la disciplina della nullità negoziale contenuta nell'impianto generale del codice civile (di cui residuerebbe, a ben vedere, soltanto il *nomen*).

26 Cfr., in proposito i rilievi di S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, cit., p. 163

3.2. La vis espansiva dell'operatività a vantaggio della nullità delle clausole abusive alle ipotesi di nullità dell'intero contratto

A tal riguardo, non pare inopportuno ricordare che la previsione dell'operatività della nullità a vantaggio del contraente debole, che è stata introdotta per la prima volta nell'art. 1469-*quinques*, comma 3, c.c., poi trasfusa nell'art. 36, comma 3, cod. cons.²⁷, è la peculiare formula legislativa utilizzata dal legislatore per dare concretezza al meccanismo di protezione predisposto a tutela del consumatore nelle ipotesi in cui nel contratto siano inserite clausole abusive.

Questo sintagma, a ben vedere, è il riflesso dello speciale modello protettivo di invalidità negoziale delineato dal legislatore europeo, che punta non alla

27 L'art. 36, espressamente rubricato "nullità di protezione" ha sostituito, modificandolo, il disposto dell'art. 1469-*quinques*, c.c., che disponeva l'inefficacia delle clausole vessatorie, prevedendone espressamente la sanzione della nullità. L'originaria previsione di inefficacia della clausole vessatorie contenuta nell'art. 1469-*quinques* c.c., risultato del travagliato percorso parlamentare che ha portato al recepimento della direttiva 93/93 CEE, aveva prodotto una regolamentazione ibrida e, per certi versi, contraddittoria, della sanzione comminata per le clausole vessatorie, e sollevato numerose incertezze interpretative. L'inefficacia delle clausole vessatorie era stata, infatti, intesa da una parte degli interpreti come inefficacia in senso stretto (cfr., per tale orientamento, i rilievi di: A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1992, p. 493; F. GALGANO, *La clausola di gradimento, i patti parasociali e la categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 895; M. BIANCHINI, *Art. 1469-quinques (Inefficacia)*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. BERENGHI, Napoli, 1996, p. 83; M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano sono così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. Impr./eur.*, 1996, p. 450; G. ALPA, *I contratti dei consumatori. Diritto comunitario e modellazione del codice civile*, in *Vita not.*, 1996, p. 1140); da altri come nullità (Cfr., F. GUARRACINO, *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contr. Imp. /eur.*, 1997, p. 647; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., p. 290; M. NUZZO, *Art. 1469 quinques*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C. M. BIANCA – F. BUSNELLI, Padova, 1999, p. 858; R. QUADRI, "Nullità e tutela del "contraente debole", in *Contr. Impr.*, 2001, p. 1159; S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto* (Note a margine dell'articolo 1469 quindi questo, comma 1 e 3, c.c.), in *Rass. dir.civ.*, 1997, p. 659; E. ROPPO, *Il contratto*, Milano 2001, p. 918; G. PASSAGNOLI, *Art. 1469 quinques, commi 1,3 e 5*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1999, p. 182). La modifica della denominazione del rimedio in favore della nullità contenuta nell'art. 36 cod. cons. ha avuto l'indiscusso pregio di superare, una volta per tutte, le incertezze interpretative che la denominazione del rimedio in termini di inefficacia aveva originariamente generato. Del resto, nella direzione della nullità si era schierato chiaramente anche il Consiglio di Stato, nel parere emesso in sede consultiva per gli atti normativi sull'originario Schema di decreto legislativo recante il "Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di consumatori – Codice del consumo", sostenendo strenuamente la necessità di riqualificare la sanzione dell'invalidità delle clausole vessatorie in termini di nullità (Cfr. Cons. Stato, sez. cons., 20 dicembre 2004, n. 11602/04, in *Foro it.*, 2005, III, c. 348)

demolizione, ma alla conservazione del contratto, pur se in una versione corretta e conformata. Cosicché, per il tramite del rimedio, si “neutralizzano” gli effetti della clausola abusiva e il contratto, “mondato” dalla parte viziata, rimane valido per il resto. Si è ritenuto, in questo modo, di salvaguardare il preminente interesse tutelato da siffatte nullità, ossia quello del contraente dotato di minore capacità di influire sul contenuto del contratto, assicurandogli in ogni caso i beni o servizi oggetto del contratto di cui lo stesso necessita.

Sebbene il riferimento letterale alla «operatività delle nullità di protezione a vantaggio del consumatore» sia apparso sin da subito poco limpido e apparentemente pleonastico²⁸, la dottrina prevalente, constatata l'inadeguatezza degli approdi ermeneutici raggiunti attraverso l'interpretazione letterale della disposizione e prediligendo una interpretazione di tipo sistematico attenta a cogliere la *ratio legis* della stessa, ha ritenuto che il legislatore, attraverso tale inciso, abbia voluto alludere alla legittimazione ad agire riservata esclusivamente in favore del contraente “debole” del rapporto contrattuale. Attraverso la previsione che la nullità operi solo a vantaggio del consumatore, il legislatore ha, in altri termini, strutturato questa forma di invalidità come strumento sanzionatorio per il contraente “forte” e protettivo per il contraente “debole”²⁹.

28 Il riferimento letterale all'operatività della nullità soltanto a vantaggio del consumatore contenuta nell'art. 36, comma 3, cod. cons., anche a causa della estrema superficialità attraverso la quale il legislatore domestico ha recepito la direttiva 93/13/CEE, ha generato inevitabilmente dubbi interpretativi: anzitutto si è posto in evidenza il contenuto apparentemente pleonastico della disposizione, in considerazione del fatto che, trattandosi di clausole vessatorie che per definizione svantaggiano il consumatore rispetto al professionista, l'eliminazione delle stesse dal contratto non avrebbe potuto che risolversi in un vantaggio per il contraente protetto. Cfr., per tali rilievi, G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titoli II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 417. Altra dottrina, A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, p. 403, ha revocato in dubbio che la norma introduca una legittimazione relativa, dal momento che il terzo comma dell'art. 36, non specifica, come in altri casi, che la nullità può essere fatta valere solo dal contraente debole, ma utilizza la diversa formula legislativa per cui la stessa opera “soltanto a vantaggio del consumatore”; il che, a livello letterale, sembra significare che la sentenza che accerta la nullità non farà cadere né tutto il resto, né gli effetti della clausola favorevoli al consumatore ed è, dunque, di per sé, asseverazione della operatività necessariamente parziale, non della legittimazione necessariamente relativa.

29 Le nullità c.d. relative sono ascrivibili ad un istituto antico, presente già nel codice civile del 1865, ivi importato dal *Code civil* francese, poi sostituito, nel codice civile del 1942, dal rimedio dell'annullabilità, sulla scia della Pandettistica tedesca. Osserva in proposito F. SARTORI, *L'istitu-*

Tutto ciò trova una significativa conferma sul piano della disciplina contenuta nell'art. 36 cod. cons., che, sin dalla rubrica, evidenzia la finalità protettiva perseguita dalla nullità in esso comminata, statuendo che si considerano vessatorie, e dunque nulle, le clausole che determinano «a danno del consumatore un significativo *squilibrio* di diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». Posto che la previsione di clausole abusive nel contratto costituisce il prodotto più eloquente dell'esercizio abusivo della libertà contrattuale del professionista, che finisce poi per riflettersi nel contenuto del contratto sotto forma di debolezza del consumatore, il legislatore interviene con una disciplina che punta a colpire solo la singola clausola, espungendola *tout court* dal regolamento contrattuale, tenendo in vita il contratto per il resto. L'art. 36 cod. cons. introduce, in altre parole, una ipotesi di nullità parziale c.d. necessaria³⁰ destinata, da un lato, a colpire esclusivamente la clausola iniqua, dall'altro a consentire che il contratto resti valido per il resto, garantendo, in questo modo, il raggiungimento del livello di tutela del consumatore indicato nella direttiva comunitaria³¹, attraverso il

to della nullità relativa nel settore finanziario: dalla teoria alla pratica, in *Rivista di diritto bancario*, Ottobre 2002, p. 1, nt.1: che «Il modello italiano è ... sensibilmente diverso in tema di nullità relativa dal modello francese (J. Ghestin, *Le contract*, in *Traité de droit civil*, Parigi, 1980, p. 646, ss.) in cui l'annullabilità viene denominata *nullité relative* e dove la [...] legittimazione opera come spartiacque tra *nullité absolue* e *nullité relative*. L'Inghilterra e gli Stati Uniti (*common law*) utilizzano una accezione di nullità (*voidness*) ed un'accezione di annullabilità (*voidableness*), così diverse dalle nostre, che risulta impossibile compiere dei paragoni. L'unica cosa che si nota è che nella *common law* è quasi impossibile ricondurre tutti i tipi di invalidità a due soli modelli concettuali; ogni caso concreto può essere affetto da un'invalidità particolare, quindi è molto facile ammettere la figura della nullità relativa. Specie in Inghilterra si nota un pullulare di rimedi soprattutto per quanto riguarda la annullabilità. Per la nullità sembra esserci una sola figura. Negli Stati Uniti le elaborazioni dottrinali del diritto hanno raggiunto un livello più avanzato rispetto all'Inghilterra. Sembrano esserci solo tre rimedi: nullità, annullabilità per vizio del consenso e annullabilità per incapacità di un contraente. In Germania (per la *Common Law* e la situazione tedesca si veda GALLO P., *Nullità e annullabilità in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1995, vol. XII, pagg. 310 e ss.) la situazione è più simile a quella anglosassone che a quella continentale: vengono utilizzati i concetti pandettistici della *Nichtigkeit*, operante ipso iure e rilevabile d'ufficio, e della *Anfechtbarkeit*, impugnabile dalla parte e che il giudice deve necessariamente dichiarare». Su tali rilievi vedi inoltre G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, cit., pp. 606-607.

30 Secondo la fortunata e efficace denominazione coniata da G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., *passim*.

31 Cfr. M. SERIO, *Profili comparatistici delle clausole vessatorie*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, p. 104 ss. per un approfondimento sulle prescrizioni del legislatore comunitario e le varie soluzioni adottate

«riequilibrio» dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, alla luce della regola secondo la quale la nullità della clausola opera solo *a vantaggio del consumatore*.

Sulla base di queste considerazioni, dunque, se è certamente condivisibile il richiamo operato dalla Cassazione, nella sentenza resa a Sezioni Unite, all'art. 36 cod. cons., in quanto norma primigenia delle nullità di protezione, è anche vero che nella esegesi della disposizione avrebbe dovuto tenere maggiormente in considerazione il contesto in cui la regola della operatività a vantaggio disposta dall'art. 36 cod. cons. è chiamata ad operare. Detta regola è, infatti, stata introdotta con il precipuo obiettivo di eliminare dal regolamento contrattuale eventuali clausole abusive inserite dal professionista, assicurando, al contempo, al soggetto tutelato la possibilità di conservare il contratto, posto che la caducazione dello stesso avrebbe potuto essere disfunzionale all'attuazione dell'interesse prioritariamente protetto. Il legislatore ha assicurato, in questo modo, effettività a forme di tutela pensate e prospettate a beneficio di una sola parte contraente³².

Coerentemente con questa impostazione, si statuisce che la nullità di singole clausole viziate non determina la caducazione dell'intero contratto in concreto stipulato, ma soltanto lo stralcio delle clausole stesse, consentendo al contratto di rimanere valido per il resto³³. Sotto questo aspetto, dunque, la nullità

dagli Stati membri.

32 Sulla rilevanza del principio di effettività della tutela cfr., ex multis: A. DI MAJO, voce *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 360; G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 3, p. 787; ID., voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 381 ss.; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 828; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Persona e mercato*, 2015, 4, p. 112; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, in *Persona e mercato*, 2016, 2, p. 62 ss.; ID., *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 961.

33 Cfr., M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova 2008, p. 323, la quale osserva che «[s]e è vero, infatti, che riservare il rilievo della nullità al solo contraente protetto esclude "abusi" di controparte, è altret-

parziale c.d. necessaria assurge a rimedio in grado di realizzare un assetto contrattuale più equo. In tale contesto, può apprezzarsi, dunque, il binomio inscindibile che il legislatore ha voluto creare tra nullità protettiva e riequilibrio del contratto, perché è proprio la regola della operatività a vantaggio (*degli effetti della nullità della clausola*) a rendere possibile il “riequilibrio” dell'assetto contrattuale “alterato” dalla predisposizione unilaterale di clausole vessatorie e che si realizza attraverso l'eliminazione delle clausole stesse dal regolamento contrattuale.

Se questa, dunque, è la finalità della norma, la regola dell'operatività della nullità a vantaggio contenuta nell'articolo 36 Cod. cons., sembra essere stata introdotta al precipuo scopo di consentire la conservazione del contratto a prescindere dall'apprezzamento della volontà ipotetica delle parti³⁴, contrastando,

tanto vero che se alla legittimazione attiva non si accompagnasse anche la necessaria parzialità, il contraente protetto si troverebbe prigioniero della logica del ‘prendere o lasciare’. È evidente che se il contraente debole invocasse la nullità della clausola viziata in assenza di qualunque precisazione normativa, la controparte potrebbe verosimilmente appellarsi al fatto che “non avrebbe concluso quel contratto senza la parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”, costringendo così il giudice a decretare la totale cancellazione del negozio, in applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c., e divenendo praticamente arbitra delle sorti del negozio, contrariamente a quanto vorrebbe la *ratio* della legislazione *de qua*» Cfr. S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. dir. priv.* 1998, p. 46, per il quale disposta una nullità parziale necessaria, non sarebbe stato nemmeno necessario prevedere una legittimazione all'azione solo relativa (peraltro connessa alla rilevabilità d'ufficio). Afferma, infatti, che se in astratto si ipotizzasse una nullità necessariamente parziale, ma rilevabile da chiunque, la tutela del contraente protetto sarebbe comunque adeguata, poiché sembra difficile prospettare un utilizzo strumentale del rimedio ad opera della parte che finirebbe per veder modificato a proprio detrimento il regolamento negoziale. In altre parole, legittimazione relativa e nullità parziale, rispondono certo ad esigenze diverse (evitare esercizi abusivi dell'azione e perdita dell'affare), ma se questa regola, a rigore, sventa il rischio dell'abuso, la legittimazione relativa, da sola, non è sempre tranquillizzante per il contraente protetto che tema la perdita dell'affare intrapreso. In termini analoghi anche S. MONTICELLI, *Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto* cit., p. 577; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 152 e ss.

Cfr. G. PASSAGNOLI, *Commento sub artt. 36-38*, in *Codice del consumo, Commentario*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2007, p. 385: «Vi è poi, sul piano del trattamento, il carattere della necessaria parzialità della nullità che è sottratta all'applicazione tanto del primo quanto del secondo comma dell'art. 1419 cod. civ.». Sulla necessaria parzialità cfr. P.M. PUTTI, *La nullità parziale – Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002; A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “Massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale) necessaria della clausola abusive e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, p. 22; ID, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova 2008; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *I rimedi*, cit., p. 130 e ss.;

34 DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., 41: «Una nuova figura di nullità parziale, non riconducibile al primo comma dell'art. 1419 (che detta la regola del giudizio di nullità parziale) ma

in questo modo, l'operatività dell'art.1419, primo comma, c.c., che, come è noto, stabilisce che la nullità parziale importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte colpita da nullità; e, al contempo, risulta funzionale anche ad impedire l'operatività dell'art. 1419, comma 2, c.c., considerato che la esclusione della nullità totale è sancita, benché non vi sia sostituzione automatica della clausola nulla con una norma imperativa disciplinante la stessa materia presa in considerazione dalla clausola viziata³⁵. Tutto ciò trova, peraltro, una significativa conferma nella relazione illustrativa al codice del consumo, nella parte in cui si puntualizza che i meccanismi di «riequilibrio» delle asimmetrie di forza contrattuale sono basati su «nullità di protezione», rilevabili, anche d'ufficio, ma solo a vantaggio del contraente debole³⁶.

nemmeno al secondo comma (che esclude la nullità totale del contratto quando la clausola nulla deve essere sostituita automaticamente da una norma imperativa di legge che disciplina positivamente la stessa materia della clausola viziata)». L'esclusione della nullità totale è sancita benché non vi sia sostituzione automatica della clausola nulla con una disciplina imperativa legislativamente predeterminata. Cfr. al riguardo G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 203; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., p. 405.

35 Sulle differenti tecniche attraverso le quali la nullità parziale necessaria può operare cfr. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 202 ss; cfr. anche S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 201 ss.

36 Del resto, l'art. 6 della Direttiva 93/13/CEE, recepito nell'art. 36 cod. cons. sancisce esclusivamente la non vincolatività della clausola. Sul punto cfr. Corte giust., 21 gennaio 2015, Sez. I, c. 482/13, c. 484/13, c. 485/13, c. 487/13 che ha ripetutamente sancito che il disposto di cui all'art. 6 della direttiva 93/13/Cee del Consiglio del 5 aprile 1993, introduce il principio secondo cui il contratto contenente una clausola vessatoria rimane vincolante nella sua restante parte, nonostante la nullità della singola clausola, essendo esclusa qualsiasi sostituzione automatica delle clausole nulle con norme legislative di tipo dispositivo o qualsiasi etero correzione del regolamento negoziale. In linea di principio, il contratto deve sussistere, infatti, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile. Normative nazionali che permettessero l'integrazione del contratto sarebbero in contrasto con il dato normativo della direttiva e vanificherebbero la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'art. 7 della medesima, ossia dissuadere l'inserimento di clausole abusive nei contratti B2C nelle politiche di mercato dei professionisti. Solo la mera caducazione della clausola è in grado di riequilibrare la situazione di inferiorità in cui versa il consumatore rispetto al professionista. Residua un solo caso in cui detta regola generale subisce una deroga: ove il contratto concluso tra consumatore e professionista non possa sussistere dopo l'eliminazione della clausola abusiva, con conseguente grave pregiudizio del consumatore, pertanto sarebbe compatibile con il diritto dell'Unione una regola di diritto nazionale che permetta al giudice di avviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di

In questa prospettiva, quindi, anche il potere officioso del giudice di rilevare d'ufficio la nullità deve essere conformato alla regola per cui la nullità opera a vantaggio del consumatore e, dunque, in questa direzione anche il giudice sarà chiamato a uniformare i propri poteri officiosi alla salvaguardia dell'interesse prioritariamente protetto dalla previsione di nullità. Quest'ultimo, pertanto, dovrà limitare i suddetti poteri, laddove la declaratoria di nullità della clausola appaia in *concreto* pregiudizievole per il destinatario della normativa in questione o, addirittura, sia da questi non voluta. Se in tali ultime circostanze, infatti, il giudice rilevasse d'ufficio la nullità tradirebbe lo spirito della legge, sacrificando i preminenti e concreti profili di protezione dell'interesse del consumatore all'astratta tutela dell'interesse pubblico. Quest'ultimo obiettivo, infatti, seppur sotteso a qualsiasi previsione di nullità (tradizionale o speciale), appare in quelle c.d. di protezione in posizione subordinata rispetto alla finalità di tutela in concreto dell'interesse del soggetto destinatario della protezione.

Se, dunque, la “fucina” su cui si è costruito il modello della operatività a vantaggio della nullità di protezione è la nullità parziale c.d. necessaria della clausola abusiva, l'estensione della regola stessa alle ipotesi in cui la nullità di protezione colpisca l'intero contratto inevitabilmente comporterà difficoltà di adattamento. Di ciò mostra consapevolezza la stessa Corte di Cassazione nel momento in cui precisa che «l'originaria declinazione all'eliminazione delle clausole inefficaci (...) evidenzia le difficoltà di adattamento dello strumento in relazione alla produzione dell'effetto dell'invalidità dell'intero contratto»³⁷. E tuttavia, tale “criticità applicativa del regime delle nullità di protezione” viene superata con un *coup de théâtre* dalle Sezioni Unite, interpretando in maniera correttiva gli effetti che discendono dalla dichiarazione di nullità del contratto quadro e, in particolare, impedendo all'intermediario di avvalersi degli effetti reintegrativi conseguenti alla pronuncia di nullità.

diritto nazionale di natura suppletiva.

37 Cfr. § 15.2

In altri termini, la Cassazione sembra voler dire che quando non si è alla presenza di una nullità che colpisce la singola clausola, ma di una nullità che travolge l'intero rapporto, il meccanismo di riequilibrio delle posizioni contrattuali - che nella nullità parziale necessaria opera attraverso la neutralizzazione degli effetti della clausola nulla, mediante espulsione della stessa dal regolamento contrattuale - opera incidendo direttamente sul regime restitutorio, rendendolo asimmetrico. Nel nuovo statuto normativo delle nullità di protezione di conio giurisprudenziale, in altri termini, le nullità di protezione si mostrano speciali non solo rispetto all'art. 1421, c.c., ma anche rispetto all'art. 1422 c.c., poiché solo in questo modo la nullità di protezione potrà effettivamente operare a vantaggio del contraente protetto³⁸.

Si tratta di una interpretazione indubbiamente suggestiva, che, sebbene abbia l'indiscusso merito di assicurare una tutela più efficace per l'investitore, in assenza di un chiaro indice normativo atto a suffragare una simile interpretazione non sembra possa condividersi.

L'art. 23 Tuf, infatti, si limita a prevedere che la nullità possa essere fatta valere esclusivamente dal cliente e ciò induce a ritenere che il meccanismo protettivo pensato dal legislatore in favore dell'investitore sia circoscritto al piano della sola legittimazione ad agire per la declaratoria di nullità³⁹. Sebbene condivisibili siano i timori espressi da chi⁴⁰ sostiene che la neutralità della disciplina

38 Sul punto, incisivamente, S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, in, *Contratti*, 2020, 22; ID, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 170, il quale osserva che le Sezioni Unite, consapevoli del fatto che la legittimazione relativa non ha, da sola, la capacità di neutralizzare la reciprocità restitutoria dell'indebito ricevuto, hanno finito per proclamare una specialità delle nullità di protezione tanto rispetto all'art. 1421 che all'art. 1422 c.c., poiché solo una deroga all'art. 1422 c.c. diviene «consustanziale ad un'effettività della nullità di protezione». L'a., mostra di condividere il percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite, sostenendo al riguardo che «[è] piuttosto vero che delle nullità speciali, il cui ripetere non sia a sua volta di protezione, stilizzano delle nullità il cui tasso di effettività della tutela decresce fin quasi a svaporare».

39 Non condivide questa conclusione, A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività al vantaggio. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU.*, n. 28314/2019, p. 101 ss.

40 Si allude ancora al pensiero espresso da PAGLIANTINI, *Nullità formali bancarie e restituzioni*, cit., 91-92 in cui si precisa che «se la nullità protettiva è una figura premiale per il cliente, diventa conseguente parametrare le regole "secondarie" della restituzione, in virtù del loro "forte nesso

delle restituzioni possa dare luogo a fenomeni di *over deterrence*, finendo per impattare sull'incentivo a domandare la nullità da parte del consumatore, e, quindi, sul suo interesse ad agire, è pur vero che l'introduzione di limiti all'esercizio dell'azione di ripetizione delle prestazioni eseguite sulla base di un contratto nullo non può essere prerogativa del giudice, ma del solo legislatore. Pur volendo costruire la figura della nullità di protezione come figura premiale per il cliente, si ritiene che questa premialità debba essere necessariamente circoscritta alla sola possibilità per il contraente protetto di essere arbitro della sorte del contratto, non potendosi invece estendere anche alle regole che governano la materia delle restituzioni, alle quali verrebbe, in questo modo, attribuita una portata sanzionatoria che è alla stessa completamente estranea.

Il nostro sistema di diritto privato si regge, infatti, sul generale principio della necessaria causalità delle attribuzioni patrimoniali, in virtù del quale non sono consentiti spostamenti o trasferimenti di ricchezza da un soggetto ad un altro che non siano sorretti da una valida e idonea giustificazione causale, ragione per cui chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato⁴¹. Da ciò consegue, pertanto, che il nesso di sinallagmaticità fra le obbligazioni restitutorie può essere spezzato solo in presenza di una espressa previsione normativa, che sottenda la volontà del legislatore di costruire la tutela restitutoria in chiave asimmetrica e, dunque, sanzionatoria-punitiva⁴².

funzionale con le vicende del contratto" [Bargelli], in maniera conformativa e non contro lo scopo di protezione della norma violata: qui il combinato disposto degli artt. 117, c. 1-3 e 127, c. 2 ». Donde la prospettazione, «secondo lo sperimentato canone interpretativo della riduzione teleologica », di un art. 2033 c.c. che non opererebbe nella parte in cui prevede l'obbligo di restituzione della prestazione eseguita dal contraente protetto, e ciò quale « riflesso necessitato di un atteggiarsi funzionale della tutela restitutoria, la quale, se venisse a congegnarsi secondo lo schema neutro dell'art. 2033 c.c. , finirebbe per produrre uno scambio in senso inverso disincentivante o tale comunque da scoraggiare l'azionarsi della nullità » .

41 Cfr. G. D'AMICO, *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 778 ss. Diversamente, S. PAGLIANTINI, *Nullità formali bancarie e restituzioni secondo un recente arresto dell'ABF*, in MAUGERI E PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori*, Torino, 2013, 84 ss.

42 Le disposizioni normative che sottendono la volontà del legislatore di costruire la tutela restitutoria in chiave meramente punitiva o afflittiva, ricomprendono sia norme in cui il legislatore prevede un vero e proprio divieto (o preclusione) della pretesa restitutoria a carico del con-

Quel che si intende dire – in altre parole – è che proprio la colorazione « neutra »⁴³ dello schema previsto dall'art. 2033 c.c. avrebbe dovuto indurre la Cassazione ad una maggiore ponderazione nel sovvertimento di principi generali, privando l'intermediario del diritto a ripetere quanto prestato in esecuzione del contratto nullo e impedendo, in questo modo, la legittima reintegrazione della propria sfera patrimoniale⁴⁴.

traente non reputato meritevole dall'ordinamento, sia norme in cui si riconosce il diritto a una delle parti contraenti di ripetere più dell'eccedenza non consentita dall'ordinamento. In entrambe i casi, tuttavia il legislatore mostra chiaramente di voler sanzionare uno dei soggetti dello scambio (sia questi il *solvens* ovvero *accipiens*). In questa direzione, è possibile richiamare, nell'ambito della disciplina del credito al consumo, l'art. 125 bis, comma 9, TUB il quale, per l'ipotesi di nullità del contratto, prevede che il consumatore debba restituire le sole somme utilizzate, da corrispondersi a rate e con la stessa periodicità convenuta contrattualmente "o, in mancanza, in trentasei rate mensili", con esclusione, dunque, degli interessi maturati; l'art. 167, comma 2, cod. ass. priv. obbliga soltanto l'impresa assicuratrice alla restituzione dei premi pagati, tenendo indenne l'assicurato dall'obbligo di restituire, in quanto irripetibili, gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte dall'impresa o semplicemente ancora dovute dall'impresa agli assicurati; l'art. 9, comma 1, L. n. 192/1998 che, nell'ipotesi di invalidità per vizio di forma, riconosce al subfornitore – in misura analoga a quanto dispone l'art. 2126 c.c. in favore del lavoratore – il diritto a ricevere, per le prestazioni già effettuate, il corrispettivo pattuito; l'art. 1815, comma 2, c.c. che nel sancire che "se sono pattuiti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi", sanziona l'intermediario che applicato interessi usurari, trasformando il mutuo da oneroso in gratuito e avvantaggia il mutuatario che potrà continuare a godere della somma mutuata -depurata da quanto previsto a titolo di interessi- sino al termine stabilito e secondo l'originario piano di ammortamento. In proposito cfr. i rilievi di A. IULIANI, *Le Sezioni unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*, cit., p. 279, il quale ha, condivisibilmente, osservato, che «qualunque tentativo di applicare analogicamente la disciplina prevista da tali norme sarebbe, invero, destinato a scontrarsi con due ostacoli insormontabili. Il primo deriva dalla forza espansiva della disciplina generale, di cui si dovrebbe dimostrare l'inadeguatezza prima di affermare un passaggio per così dire diretto della disciplina di un altro diritto secondo»; il secondo ostacolo «proviene dal carattere eccezionale di tali fattispecie le quali, invero, manifestano una spiccata finalità sanzionatoria, accordando, in deroga alla disciplina generale della nullità, soltanto al consumatore la possibilità di domandare la restituzione di quanto prestato, "rompendo perciò una delle logiche del sistema"». Osserva, inoltre, Dambrosio l'art. 67 septiesdecies, comma 5, cod. cons. il quale

43 L'espressione è di U. BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 4, il quale opportunamente sottolinea l'assoluta indipendenza dell'azione di ripetizione rispetto a quella di nullità. Tale indipendenza implica che l'azione restitutoria da contratto nullo "non è un mero riflesso materiale dell'azione diretta a far dichiarare la nullità del contratto", perché ha la sua fonte in un fatto distinto (la prestazione non dovuta), che la legge non qualifica né in termini di validità, né di invalidità, ma assume quale "neutro" presupposto di una serie di effetti singolari, "le cui sorti dipendono anche dall'esercizio nel termine ordinario di prescrizione di una vera e propria pretesa a sé stante".

44 In proposito, è doveroso un riferimento, seppur breve, al dibattito sviluppatosi sia in dottrina che in giurisprudenza sui controversi rapporti tra l'azione diretta ad accertare la nullità e

Una siffatta reintegrazione può essere negata – lo si ripete – solo in presenza di una espressa previsione del legislatore, e solo se si ipotizza un atteggiamento di tipo sanzionatorio e punitivo di quest'ultimo nei confronti del contraente che ha diritto alla restituzione. Una siffatta volontà legislativa, tuttavia, non è in alcun modo riscontrabile nell'art. 23 TUF.

Tuttavia, come vedremo nelle pagine seguenti, questo aspetto non è stato del tutto trascurato dalle Sezioni Unite, che, sul piano applicativo, si sono mo-

l'azione di ripetizione dell'indebitato. Secondo un primo indirizzo interpretativo, l'azione di ripetizione deve reputarsi autonoma e distinta rispetto a quella disciplinata dagli articoli 1421 ss c.c. Conseguentemente si afferma che il rimedio previsto dall'articolo 2033 c.c. deve considerarsi rimedio di carattere generale in tutti i casi di difetto- originario o sopravvenuto- di *causa solvendi*. Ne consegue, pertanto, che le prestazioni eseguite in adempimento di un contratto, appunto perché prive di titolo, sarebbero soggette a ripetizione integrando un indebitato oggettivo (A. BONFILIO-G. MARICONDA, *L'azione di nullità*, in *I contratti in generale*, a cura di G. ALPA-M. BESSONE, in *Giur. Sist. Civ. e comm.*, fondata da BIGIARI, IV, *Effetti, invalidità riduzione del contratto*, 1, Torino, 1992, p. 511 ss.). Un favore dell'autonomia dell'azione di ripetizione rispetto a quella diretta alla declaratoria di nullità si esprimono, tra gli altri, anche U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebitato*, Milano 1974, p. 231 ss e E. MOSCATI, *Pagamento d'indebitato (artt. 2081-2014)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da SCIALOJA E BRANCA, Bologna-Roma, 1981, p. 137 e 149. In giurisprudenza v., in particolare, Cass. 11 gennaio 1978, n. 102, in *Mass. Giust. Civ.*, 1978, p. 44, secondo cui l'azione di nullità (e la relativa eccezione) sono logicamente e giuridicamente ben distinte dall'azione di ripetizione dell'indebitato oggettivo, proposta al fine di ottenere la restituzione di quanto prestato in virtù di un negozio nullo. In considerazione della dedotta autonomia tra le due azioni, questa giurisprudenza ritiene possibile che permanga un interesse all'accertamento della nullità anche dopo la prescrizione dell'azione di ripetizione. Un diverso orientamento, invece, ritiene che la mancanza di giustificazioni nell'attribuzione patrimoniale renda nulla la prestazione e pertanto su stime che l'azione di ripetizione vada ricondotta nell'ambito delle azioni concernenti l'invalidità del negozio (cfr., in tal senso, Campagna, I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale, Milano, 1958, p. 204; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 28; F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 467 ss. e p. 495, secondo il quale la ripetizione sarebbe consentita soltanto nei casi di invalidità (nullità e annullabilità) del contratto, con esclusione, dunque, delle impegnative (risoluzione e rescissione) che determinino lo scioglimento del rapporto con effetti limitati alle parti. Al richiamato orientamento hanno aderito Cass., 7 febbraio 1987, nn. 1250 e 1251, in *Mass. Giust. Civ.*, 1987, secondo cui l'azione di ripetizione dell'indebitato oggettivo, presupponendo l'assoluta inesistenza dell'obbligazione che il *solvens* ha materialmente adempiuto con il pagamento non dovuto, «non è in sostanza che una azione di nullità per mancanza di causa». A parere di chi scrive, deve mostrarsi assoluto apprezzamento le conclusioni formulate da U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebitato*, cit., p. 803, che opportunamente evidenzia che «in definitiva, l'analisi della disciplina del pagamento non dovuto sta a dimostrare che l'azione di ripetizione ha una chiara autonomia nel sistema delle pretese restitutorie. Si è detto che l'ordinamento vigente non ha preso espressamente posizione sui problemi sui quali si era tanto discusso in passato, ossia sulla configurazione della *condictio* come rimedio alla nullità del pagamento per difetto di causa e sull'efficacia provvisoria del pagamento non dovuto. Vi sono tuttavia argomenti sufficienti per affermare che la pretesa di restituzione nasce da un "fatto", che la legge non qualifica in termini di validi-

strate ben consapevoli della potenziale sostanziale “ingiustizia” dell’esito dell’azione giudiziaria “selettiva” promossa dall’investitore, una volta statuita l’impossibilità per l’intermediario di avvalersi delle conseguenze restitutorie dirette della nullità del contratto.

In particolare, al fine di evitare che l’azione di nullità selettiva promossa dall’investitore determini un ingiustificato sacrificio economico per l’intermediario, il Supremo Collegio ha individuato nel principio di buona fede un parametro in grado di scrutinare le azioni di nullità selettive legittime, da quelle invece «oggettivamente finalizzat[e] ad arrecare un pregiudizio all’intermediario» e che, proprio per questo motivo, finiscono per produrre «effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di protezione è stato introdotto».

In altri termini, una volta stabilito che l’uso selettivo della nullità *non è di per sé* contrario al canone di buona fede oggettiva, ben potendo l’investitore selezionare, tra i diversi investimenti compiuti a valere sul contratto quadro riconosciuto nullo, solo quelli non performanti al fine di farli dichiarare nulli, la Cassazione offre una lettura trasversale della clausola generale di buona fede in grado di tutelare anche le ragioni dell’intermediario all’interno del processo, attribuendo al giudice il potere di riequilibrare tra le parti la distribuzione del risultato economico della complessiva attività di investimento. In particolare, in ossequio ai «principi di solidarietà e uguaglianza sostanziale, di derivazione costituzionale», i quali opererebbero «come strumenti di riequilibrio effettivo endocontrattuale», quando l’azione di nullità, utilizzata in forma selettiva determini un sacrificio economico sproporzionato nell’altra parte, la Cassazione riconosce all’intermediario la titolarità di «un’eccezione qualificabile come di buona fede idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell’azione di nullità selettiva».

tà ovvero di invalidità, bensì assume quale “neutro” presupposto di una serie di effetti singolari»

La Cassazione precisa, inoltre, che tale eccezione⁴⁵ sarà opponibile solo nei «limiti del *petitum* azionato» e sarà potenzialmente in grado di ridurlo progressivamente - fino ad azzerarlo del tutto- nelle ipotesi in cui, a fronte di una valutazione complessiva dell'andamento del rapporto di intermediazione finanziaria, le perdite relative alle operazioni contestate siano "compensate", in parte o in tutto, dai vantaggi economici derivanti dalle operazioni di investimento non coinvolte nella azione di nullità, in una sorta di inedita *compesatio lucri cum danno* applicata, tuttavia, all'interno del perimetro di operatività dell'azione di ripetizione dell'indebito conseguente all'accertamento della nullità del contratto quadro.

La soluzione proposta dalle Sezioni Unite presto il fianco, come si vedrà, a numerose osservazioni critiche, specie di carattere argomentativo e applicativo, in parte dovute all'oscillazione, nell'articolato apparato argomentativo della decisione, fra logica restitutoria e risarcitoria della pretesa dell'investitore: il frequente richiamo nella motivazione ai concetti di "danno", "pregiudizio", "ingiustificato sacrificio economico", "ingiustificato vantaggio" generano un senso di disorientamento, poiché introducono all'interno dell'operatività della tutela restitutoria elementi tipici di quella risarcitoria, rievocando l'operatività della *compensatio lucri cum damno*. Il suddetto principio, la cui operatività, peraltro, si mostra tutt'altro che pacifica- è, infatti, tipicamente utilizzato nell'ambito del diritto della responsabilità civile per valutare, ai fini della quantificazione e liquidazione del danno, la situazione patrimoniale del danneggiato prima e dopo

45 La Cassazione, inoltre, fornisce importanti indicazioni sulla qualificazione della eccezione di buona fede eccepibile dall'intermediario, statuendo che essa, «operando su un piano diverso dall'estensione degli effetti della nullità dichiarata, non è configurabile come eccezione in senso stretto non agendo su fatti costitutivi dell'azione (di nullità) dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti ». Sulla questione se l'eccezione di buona fede sia rilevabile d'ufficio o sia eccepibile solo su istanza di parte, v., V. PISAPIA, *Nullità selettiva: l'applicazione, da parte dell'ACF, dei principi espressi dalle Sezioni Unite*, in www.dirittobancario.it, il quale, partendo dalla distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato e dai criteri elaborati dalla giurisprudenza della Cassazione per individuare le une e le altre, soffermandosi sulla regola generale per cui tutte le eccezioni sono rilevabili d'ufficio, salvo che non siano eccezioni in senso stretto, conclude che l'eccezione di buona fede per abuso della nullità selettiva deve ritenersi rilevabile d'ufficio.

l'evento, nella prospettiva di evitare che un evento lesivo possa apportare a quest'ultimo un vantaggio economico che vada oltre il risarcimento del danno subito. Sicché, se dall'illecito deriva per il danneggiato non solo un danno, ma anche un vantaggio, di quest'ultimo occorrerà tener conto riducendo proporzionalmente il risarcimento.

Ebbene, le Sezioni Unite sembrano muoversi con la stessa logica compensativa che caratterizza la teoria c.d. differenziale⁴⁶, logica che, nel caso in esame, viene tuttavia applicata attraverso il richiamo alla clausola generale di buona fede, per stabilire se l'esercizio selettivo della nullità sia o meno espressione di uno *ius abutendi* dell'investitore e, quindi, se l'esito dell'esercizio dell'azione abbia determinato un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario. In altri termini, una volta privato l'intermediario del diritto a domandare la restituzione delle cedole, queste ultime diventeranno l'elemento da prendere in considerazione per verificare se l'azione di nullità selettiva abbia prodotto un ingiustificato arricchimento per l'investitore, legittimando l'intermediario a paralizzare, attraverso l'eccezione di buona fede, la pretesa restitutiva dell'investitore stesso.

4. Il temperamento della clausola generale di buona fede sul risultato dell'azione di nullità selettiva

Nelle pagine precedenti si è detto che i giudici di legittimità, dopo aver preliminarmente operato una ricognizione del quadro normativo esistente in materia di nullità di protezione, e averne individuato, da un lato, i tratti caratterizzanti e, dall'altro, l'ambito effettivo di deroga ai principi generali dettati in tema di invalidità dei contratti, statuiscono espressamente la possibilità riconosciuta all'investitore di domandare, sulla base di una propria valutazione di convenienza, la nullità di singoli ordini di investimento e la restituzione delle som-

⁴⁶ Secondo la teoria del rapporto differenziale, l'integrità del ristoro deve emergere da un raffronto tra la situazione patrimoniale del soggetto prima dell'evento lesivo e dopo l'evento lesivo.

me in essi impiegate, non riscontrando in siffatto esercizio selettivo elementi di contrasto con il regime giuridico delle nullità di protezione. Si afferma, conseguentemente, che in materia di contratti di investimento, l'unico legittimato ad agire per eccepire il vizio è l'investitore e che solo quest'ultimo potrà avvantaggiarsi della declaratoria di nullità del contratto quadro. L'intermediario, dal canto suo, non potrà avvalersi degli effetti diretti di tale nullità, benché la stessa sia accertata con valore di giudicato, e non è, pertanto, legittimato ad agire né in via riconvenzionale, né in via autonoma, ex artt. 1422 e 2033 c.c.

Nonostante la perentorietà di tale ultimo assunto, tuttavia, il Supremo Collegio si mostra ben consapevole del fatto che l'uso selettivo della nullità, alle suddette condizioni, possa favorire possibili comportamenti opportunistici da parte dell'investitore, consentendogli di trarre dalla disciplina protettiva accordata a suo favore dei vantaggi ingiustificati: ed in effetti, se egli, da un lato, può recuperare il risparmio impiegato negli investimenti non performanti e dall'altro trattenere le somme corrispondenti all'incremento del risparmio investito nelle altre operazioni non contestate, è evidente che, una volta recisa la *restitutio in integrum*, si finisce per riconoscere all'investitore il diritto a trattenere un ingiustificato arricchimento. Avvedutasi di ciò, la Cassazione avverte, quindi, la necessità di introdurre un correttivo, tanto più in considerazione del generale divieto operante nel nostro ordinamento di arricchimento senza causa a spese altrui. Il correttivo, come si diceva, è individuato nel principio di buona fede.

In questa prospettiva, in particolare, la Corte di Cassazione precisa che l'esercizio selettivo della nullità, pur se astrattamente legittimo, dovrà comunque essere modulato e conformato dal principio di buona fede, secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente.

Si tratta, probabilmente, dell'aspetto più interessante della pronuncia, poiché le Sezioni Unite ricorrono all'ausilio della clausola generale di buona fede per "stemperare" l'eccesso di tutela oggettivamente accordata all'investitore dal meccanismo restitutorio unilaterale che la stessa Cassazione ha posto alla

base della soluzione interpretativa. Si statuisce, conseguentemente, che la protezione accordata al contraente debole potrà e dovrà operare solo entro il limite del “ragionevole sacrificio dell’altro contraente”, senza mai condurre, quindi, a un ingiustificato arricchimento del soggetto protetto⁴⁷.

Il Supremo Collegio, infatti, dopo aver percorso, respingendoli, gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che avevano utilizzato il principio di buona fede - nelle due differenti declinazioni di buona fede oggettiva e soggettiva - per paralizzare l’uso eventualmente abusivo dello strumento della nullità di protezione, riconosce al suddetto principio un «ambito di operatività trasversale, non limitato soltanto alla definizione del sistema di protezione del cliente», ma idoneo anche ad accordare un sistema di tutela all’intermediario, tutte le volte in cui l’uso selettivo dello strumento della nullità comporti per quest’ultimo un pregiudizio ingiustificato, che finisce per produrre «effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto».

Facendo, quindi leva sui principi di solidarietà e di uguaglianza di matrice costituzionale (artt. 2,3, 41 e 47 Cost.), di cui le nullità di protezione sarebbero

47 Osserva in proposito, A. TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*, cit., 158, che «la decisione in commento si inquadra nell’alveo di quella tendenza della giurisprudenza recente, soprattutto di legittimità, all’applicazione diretta di principi e clausole generali, anche superando la “formalità della disposizione” normativa». In questa direzione, prima ancora, G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e “le nullità selettive” nell’ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in Riv. dir. banc., 2019, 3, il quale osserva che «la soluzione accolta dalla Corte costituisce espressione di quella sempre più diffusa tendenza... a spostare i criteri della decisione giudiziaria al di sopra della legge». Pur partendo da una prospettiva differente, v. anche D. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell’investitore nel processo*, cit., 2, il quale, indagando sulle ragioni che hanno condotto la Cassazione alla creazione della «regola giuridica paradossale» della sottrazione algebrica dei utili dalle perdite, avverte «la sensazione che la buona fede sia una narrazione, buona a condurre alla creazione giurisprudenziale di qualsiasi regola operativa, più o meno prevedibile». Non condivide questa impostazione A.A. DOLMETTA, *All’essenza della nullità di protezione: l’operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. S.S.U.U., n. 28314/2019, cit., 107, nt. 34, il quale ritiene che le riferite critiche «mescolino un po’ troppo frettolosamente i due piani del discorso, pur tra loro oggettivamente ben distinti» e osserva che «un conto è l’estraneità al tema della nullità di protezione della clausola generale di buona fede oggettiva, come posta «a protezione» dell’impresa offerente beni e servizi sul mercato (e che, nel concreto, si è disinteressata dei doveri imposti dalla legge). Un altro è il ricorso –in quanto tale- alle clausole generali e ai compiti che la vigenza delle stesse impone alla decisione del giudice».

diretta promanazione, il giudice di nomofilachia afferma che quando l'azione di nullità utilizzata in forma selettiva determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte, «l'intermediario potrà opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini». L'azione, tuttavia, sarà opponibile solo nei limiti del *petitum* azionato, mettendo così al riparo l'investitore dal rischio di dover restituire all'intermediario, una volta sollevata con successo la relativa eccezione, somme eventualmente eccedenti rispetto al pregiudizio effettivamente subito.

In questa prospettiva, dunque, al fine di accertare se l'esercizio selettivo dell'azione di nullità sia stato oggettivamente finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario, occorrerà analizzare il rapporto di intermediazione finanziaria nel suo complesso e, in particolare, appuntare l'attenzione sull'esito degli investimenti non contestati nell'azione di nullità, per poi verificare quale sia il saldo complessivo tra le operazioni finanziarie impugnate e quelle non contestate: se il saldo è negativo per l'intermediario, ossia se le perdite relative alle operazioni contestate e confluite nel *petitum* sono elise integralmente dai vantaggi patrimoniali conseguiti dall'investitore, l'intermediario potrà opporre l'eccezione di buona fede, allo scopo di paralizzare integralmente gli effetti restitutori dell'azione di nullità promossa dall'investitore; l'effetto paralizzante di tale eccezione sarà, invece, parziale (e opererà nei limiti del vantaggio ingiustificato) quando gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità, pur avendo prodotto risultati positivi, risultino di entità inferiore alle perdite oggetto della domanda restitutoria.

In altri termini, all'esito del confronto tra le perdite subite nelle operazioni che hanno formato oggetto dell'azione di nullità e i vantaggi conseguiti nelle altre operazioni finanziarie non contestate, l'azione selettiva dell'investitore non contrasterà con la buona fede, e, dunque, non integrerà un utilizzo improprio della tutela approntata dall'ordinamento, se il pregiudizio confluito nel *pe-*

titum supera i vantaggi patrimoniali conseguiti nelle altre operazioni di investimento: in tali circostanze l'intermediario dovrà restituire il differenziale tra i vantaggi conseguiti in altre operazioni di investimento e le perdite subite dall'investitore nelle operazioni contestate; se, invece, il pregiudizio confluito nel *petitum* risulterà pari o inferiore ai vantaggi economici conseguiti dall'investitore in altre operazioni di investimento, l'effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede opposta dall'intermediario sarà integrale e nulla dovrà essere restituito all'investitore. In ogni caso, come è stato efficacemente osservato⁴⁸, il ricorso alla regola algebrica «della sottrazione dei guadagni dalle perdite (...) deve ridurre il *petitum* dell'investitore eventualmente fino a zero, ma non deve mai invertire il segno della condanna».

Così sintetizzato il percorso argomentativo della sentenza, è possibile muovere qualche rilievo critico sull'utilizzazione della regola della buona fede come criterio per realizzare, in via giudiziaria, il giusto equilibrio fra gli interessi delle parti di fronte all'uso selettivo della nullità di protezione.

Il Supremo Collegio, come si è accennato, rifiuta in radice l'operatività dell'*exceptio doli*, invocata nelle due differenti declinazioni operative di buona fede oggettiva e soggettiva proposte dalla dottrina. Viene innanzitutto respinta l'idea, censurabile per la sua assolutezza, che la impugnazione selettiva di alcuni ordini di investimento giustifichi di per sé l'opponibilità dell'*exceptio doli generalis*, poiché una simile prospettazione svuoterebbe di significato la previsione della nullità ex articolo 23 del Tuf, determinando, in questo modo, un effetto sostanzialmente abrogativo del regime giuridico delle nullità di protezione. L'idea che la Cassazione recisamente respinge, in altre parole, è quella di una asettica equivalenza, senza alcuna verifica di effettività, tra l'uso selettivo delle nullità e la violazione del canone di buona fede.

48 D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni agli investimenti che impugna*, *Nuova giur. civ. Comm.*, 2020, 161, il quale si mostra fortemente critico verso la regola aritmetica basata sulla buona fede elaborata dalla Cassazione.

La Corte, respinge, parimenti, in termini perentori anche la tesi che fa leva sulla valorizzazione della buona fede soggettiva e che ritiene *l'exceptio doli* un rimedio opponibile dall'intermediario tutte le volte in cui si dimostri un intento dell'investitore dolosamente preordinato alla produzione di effetti per lo stesso pregiudizievoli. Attraverso il paradigma contenuto negli artt. 1993 c.c. e 2384, secondo comma, c.c. una parte della dottrina⁴⁹ ha, giustamente, individuato nel divieto di agire intenzionalmente a danno dell'altra parte, neppure attraverso l'esercizio di un proprio diritto, un limite operativo all'esercizio selettivo della nullità da parte dell'investitore, da contrastarsi con lo strumento dell'*exceptio doli*.

Nel pensiero della Corte, in altre parole, l'accertamento dell'illegittimità dell'esercizio selettivo della nullità non può essere né il risultato di una valutazione del tutto aprioristica e preconcepita, basata unicamente sulla circostanza che l'investitore abbia limitato la domanda di nullità e la conseguente domanda restitutoria solo ad alcune operazioni di investimento, né il risultato di una verifica preordinata a far emergere una condotta dell'investitore connotata da malafede o frode, escludendo così ogni rilevanza alla oggettiva determinazione di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio di una sola parte contrattuale.

Accantonato il rimedio dell'*exceptio doli*, la Cassazione preferisce percorrere, in definitiva, una terza via, impiegando il canone della buona fede in una dimensione più ampliata, ossia come strumento per sottoporre a scrutinio il risultato dell'esercizio selettivo della nullità, al fine di verificare se lo stesso sia "equo" e "equilibrato". Al principio di buona fede, viene, così, attribuito «un ambito di operatività trasversale», funzionale non solo alla definizione di sistema di protezione del cliente, ma anche a evitare che gli strumenti approntati dall'ordinamento per tutelare la parte debole, seppure applicati conformemente

49 Così A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 48; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità selettive. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit. 851.

al paradigma legale, possano arrecare un pregiudizio ingiustificato alla controparte.

Si finisce, in questo modo, per adottare una nozione di buona fede” ibrida”, attraverso la quale è possibile riequilibrare il rapporto tra le parti, tutte le volte in cui si accerti che l’esercizio selettivo della nullità abbia determinato a carico dell’intermediario un sacrificio economico sproporzionato, percepito come “ingiusto”. In questa prospettiva, attraverso la clausola generale di buona fede si consente al giudice un intervento correttivo direttamente sul *quantum* delle restituzioni patrimoniali domandate dall’investitore⁵⁰, tutte le volte in cui si accerti, all’esito di una valutazione complessiva degli investimenti effettuati, che quest’ultimo abbia promosso un’azione di nullità selettiva al solo fine di riversare sull’intermediario in modo “ingiustificato” l’esito infausto di una o più operazioni di investimento, senza aver tenuto in opportuna considerazione anche i vantaggi conseguiti nell’ambito di quello stesso rapporto di intermediazione finanziaria. Ciò consentirà, quindi, di “vistare” come ingiusto il lucro che l’investitore abbia voluto trarre dall’esercizio selettivo della nullità a discapito dell’intermediario, sostanziandosi in un ingiustificato arricchimento. A quest’ultimo è, pertanto, riconosciuta la possibilità di sollevare l’eccezione di buona fede per paralizzare l’azione di nullità selettiva.

In questo modo, come è stato osservato⁵¹, la pronuncia mette «in forma un’eccezione (non di dolo ma) di slealtà perché l’investitore ricorrente, che abbia maturato un incremento patrimoniale superiore, abusa del suo diritto a ripetere». In altri termini, ciò che si condanna è la condotta dell’investitore che, pur avendo maturato, nel corso del rapporto di intermediazione finanziaria dei

50 Cfr. S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva?*, cit., p. 47, il quale giustamente osserva che la novità della sentenza sta nel fatto di aver esteso il regime di protezione accordato al cliente anche allo statuto dell’indebitato, non potendo, la legittimazione ristretta ad agire avere la virtù di anestetizzare la reciprocità restitutoria dell’indebitato ricevuto. Ciò è chiaramente percepibile nel § 17.1.2 della sentenza in esame nella parte in cui si precisa che l’indebitato ««è direttamente inciso dallo “statuto” speciale della nullità cui si riferisce»

51 S. PAGLIANTINI, *Le stagioni delle nullità selettive (e del “di protezione”)*, cit., 12.

rendimenti economici pari o superiori alle perdite subite, ciononostante decida di agire per l'accertamento della nullità del contratto quadro al mero scopo di neutralizzare dette perdite, “abusando”, in questo modo, del suo diritto alla ripetizione dell'indebito, che naturalmente consegue alla declaratoria di nullità dell'operazione di investimento contestata. In questa prospettiva, dunque, alla clausola generale di buona fede viene attribuita una funzione di riequilibrio economico endocontrattuale, in grado di incidere unicamente sul diritto dell'investitore alle restituzioni patrimoniali da contratto caducato e, in più in particolare, sull'entità della pretesa restitutoria confluita nel petitum. Tale conclusione, tuttavia, non persuade per una duplice ragione.

La prima. La clausola generale di buona fede, come è noto, è normalmente deputata alla verifica della conformità delle contrattazioni ai canoni di correttezza imposti dall'ordinamento all'autonomia contrattuale, che impone un dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost. e che si sostanzia nell'obbligo di ciascuna parte di regolare il proprio comportamento in modo da tutelare anche l'interesse dell'altra parte, non essendo ammessa una soddisfazione tipicamente egoistica dei propri interessi.

In altri termini, la violazione del canone di buona fede non è riscontrabile nell'esercizio in sé considerato dei diritti scaturenti dal contratto, bensì nelle particolari modalità di tale esercizio, che siano appunto scorrette in relazione alle circostanze del caso concreto⁵². Da questo punto di vista, il richiamo alla

52 Concepiscono la buona fede come strumento che determina un limite alla esigibilità del diritto di credito, in quanto espressione di una condotta abusiva nell'attuazione del rapporto obbligatorio: L. MENGONI, voce “*Responsabilità contrattuale*” (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 1090; l'impostazione di Mengoni è ripresa da O. CLARIZIA, *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, 98 ss. Sul tema v. anche U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel Trattato IUDICA-ZATTI, Giuffrè, 1991, 491 ss.; C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Giuffrè, 2008, 135 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015, 452. In questo senso l'inesigibilità assume la funzione di contrasto nei confronti di una pretesa creditoria in concreto abusiva, in quanto avanzata nel disprezzo del sacrificio degli interessi del debitore che siano preminenti sul piano assiologico e cioè preminenti in base alla tavola di valori che formano l'ordinamento nella sua legalità costituzionale nei confronti di una pretesa creditoria in concreto.

buona fede operato dalla Cassazione appare non del tutto persuasiva⁵³, perché essa è regola volta a presidiare la corretta esecuzione del rapporto e non può essere considerata uno strumento di modifica surrettizia dell'equilibrio contrattuale, ossia uno strumento di perequazione di prestazioni economicamente squilibrate, quale finisce invece per diventare nella prospettazione fatta propria dalla Cassazione⁵⁴. Il sindacato del giudice secondo il parametro della buona fede dovrebbe, quindi, consistere esclusivamente nella verifica della correttezza della pretesa restitutoria azionata dall'investitore e confluita nel *petitum*, quale ne sia la misura, al fine verificare se l'esercizio giudiziale del diritto alla restituzione delle somme che si assumono indebitamente percepite dall'intermediario sia l'espressione di un vero e proprio abuso del diritto da parte dell'investitore. Il criterio enunciato dalla Cassazione, ossia la regola algebrica della sottrazione del valore complessivo degli ordini andati a buon fine dal valore complessivo degli ordini che hanno invece generato perdite per il cliente, può essere uno dei criteri, non certamente l'unico, per individuare la ricorrenza di un abuso del diritto da parte dell'investitore. In altri termini, non può ritenersi sufficiente l'applicazione di una regola matematica basata su un semplice processo di calcolo algebrico per stabilire se l'uso selettivo delle nullità di protezione sia stato finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario, disvelando un comportamento opportunistico e, dunque, contrario a buona fede, del cliente che agisce per recuperare le somme investite negli investimenti rivelatisi infruttiferi.

La seconda. La soluzione individuata dalla Suprema Corte, grazie all'ingresso in scena della buona fede, si mostra anche contraddittoria rispetto

53 Cfr., R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *www.questionegiustizia.it*, 7 gennaio 2020, 6, il quale, molto efficacemente, definisce il richiamo alla buona fede operato dalla Cassazione come un «*passepourtout*, cui l'interprete si affida per cavarsi d'impaccio in presenza di nodi interpretativi assai intricati, evitando così scelte troppo nette».

54 Per un interessante studio sull'utilizzo delle clausole generali nelle decisioni del giudice amministrativo, si rinvia a L. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei poteri pubblici. Il problema dell'equità*, in *Giur.it.*, 2012, 1213 ss.

alle premesse argomentative dalle quali il Supremo Collegio ha preso le mosse: se, come la Suprema Corte ha statuito, la disciplina delle nullità di protezione è diretta non solo ad accordare all'investitore la legittimazione esclusiva all'esercizio dell'azione di nullità, ma anche il diritto, altrettanto esclusivo, di agire in ripetizione delle prestazioni eseguite nelle operazioni di investimento che abbiano prodotto nella sfera giuridica dello stesso una perdita, (prospettando, quindi, un regime delle nullità di protezione corredato da una tutela restitutoria asimmetrica), davvero non si comprende per quale motivo poi dovrebbe considerarsi contraria a buona fede la pretesa restitutoria dell'investitore quantificata nella perdita effettivamente subita negli investimenti infruttiferi, dovendo, invece, preoccuparsi di non pregiudicare le ragioni dell'intermediario⁵⁵.

La sensazione che chiaramente si avverte, in altre parole, è che la Cassazione una volta imboccata la via della legittimità dell'uso selettivo della nullità e dopo aver ammesso che gli effetti della accertata nullità si producono esclusivamente a beneficio della parte protetta, attraverso l'operatività di un regime restitutorio asimmetrico, non abbia avuto il coraggio di percorrerla fino in fondo proprio a causa del risultato palpabilmente iniquo, ingiusto, irragionevole al quale l'esercizio selettivo della nullità, alle condizioni suindicate, inevitabilmente conduce. Se, come ha statuito la Cassazione, le nullità di protezione sono speciali tanto rispetto all'art. 1421 c.c. che all'art. 1422 c.c., e se, quindi, siffatte nullità, oltre a derogare alla regola della legittimazione assoluta, sono corredate anche da un regime restitutorio asimmetrico – attribuendosi al solo investitore il diritto alla ripetizione delle prestazioni eseguite in base al titolo nullo e ren-

55 Osserva, in proposito, R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, cit., che «una volta ammesso che la nullità di protezione travolge solo gli effetti sfavorevoli al contraente protetto, è naturale che egli possa legittimamente selezionare le operazioni rivelatisi per lui negative. Allo scopo di ottenere la ripetizione di quanto versato ad esse, non facile comprendere in quale senso possano risultare contrari al canone della buona fede le modalità con cui egli in concreto lo faccia». Le stesse perplessità sono manifestate da D. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *dirittobancario.it*, 2019, 2, secondo il quale «non è chiaro però come e perché una sottrazione aritmetica costituisca applicazione della regola di buona fede».

dendo, simmetricamente, irripetibili quelle eseguite dall'intermediario - è evidente che una simile prospettazione finisca per legittimare l'arricchimento dell'investitore a spese dell'intermediario, inquadrando la tutela restitutoria conseguente alla declaratoria di nullità del contratto quadro come pena privata, costruita in chiave punitiva-afflittiva per una delle parti contraenti.

In altri termini, una volta reciso il nesso di interdipendenza fra obbligazioni restitutorie scaturenti da contratto nullo, l'effetto sostanziale che inevitabilmente si produrrà è quello di autorizzare l'investitore a trattenere l'indebito vantaggio dalla situazione di sopravvenuto difetto del titolo, sicché davvero non si comprende perché poi quest'ultimo dovrebbe preoccuparsi di verificare che la pretesa restitutoria azionata sia contenuta nel differenziale tra guadagni percepiti e perdite subite per non pregiudicare le ragioni dell'intermediario. È proprio questo l'effetto che si determina nell'aver attribuito al solo investitore il diritto a ripetere quanto ha eseguito in base al titolo nullo e nell'aver negato, invece, tale diritto all'intermediario⁵⁶.

E, purtuttavia, è proprio questo effetto ad essere considerato “indesiderato” e ad essere sottoposto a controllo da parte dei giudici della Cassazione, i quali, in una sorta di eterogenesi dei fini, ricorrono al *passe-partout* giuridico universale della buona fede per far emergere l'eventuale “iniquità” dell'esito dell'azione di nullità selettiva esercitata dal cliente e riequilibrare le posizioni contrattuali in campo; ma la regola operativa enunciata dalla Cassazione, proprio perché chiaramente orientata alla ricerca di una soluzione di compromesso

⁵⁶ Cfr. in proposito, G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e “le nullità selettive” nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, cit., 2, che si mostra molto critico, chiedendosi, invece, se sia davvero corretto evocare il principio di buona fede come meccanismo di riequilibrio delle posizioni delle parti contrattuali, « in una vicenda che in realtà con il contratto non ha a che fare, dal momento che la premessa di tutto il discorso è che un rapporto contrattuale non vi è più-ed anzi non vi è mai stato, appunto perché esso non è stato validamente concluso»

fra contrapposte esigenze, appare fortemente sbilanciata sul versante di un insoddisfacente pragmatismo⁵⁷.

Invece di “scomodare” il canone della buona fede, a parere di chi scrive, la Cassazione avrebbe potuto raggiungere lo stesso risultato, facendo applicazione delle regole che governano l'esercizio dell'azione di nullità e quella dell'indebito oggettivo, regole che avrebbero consentito di pervenire comunque ad una soluzione in grado di evitare gli effetti indesiderabili dell'esercizio della nullità c.d. selettiva per vizio di forma del contratto di investimento (i.e. arrecare «un ingiustificato sacrificio economico» all'intermediario).

5. Considerazioni conclusive. Una possibile opzione ricostruttiva alternativa a quella tracciata dalle Sezioni Unite

Una soluzione ricostruttiva coerente con le regole di diritto sostanziale e processuale sottese all'azione di nullità e dell'indebito oggettivo dovrebbe, anzitutto, mantenere ferma la differenza tra la legittimazione a far valere la nullità di protezione, *ex art. 23 TUF* e gli effetti che automaticamente discendono dall'esercizio di tale azione, effetti che sono determinati direttamente dalla legge e che sono i medesimi di quelli della nullità assoluta. In questa prospettiva,

⁵⁷ Così, SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. Giur.*, 2020, p. 8. Parla di «pragmatismo salomonico» anche M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, cit., p. 158, che, tuttavia, ritiene da apprezzarsi in un giudice. Le stesse perplessità sono manifestate da G. GUIZZI, *op. loc. ult. cit.*, il quale osserva che la Cassazione sembra non tenere in opportuna considerazione la peculiarità del rapporto che viene originato dal contratto quadro, assimilando, del tutto impropriamente, la posizione del cliente e dell'intermediario a quella delle parti di un contratto di scambio, “dove la neutralizzazione degli spostamenti patrimoniali eseguiti in base al titolo dichiarato nullo si realizza attraverso reciproche partite di dare e di avere, allora anche in tutto o in parte compensabili e suscettibili di essere definite attraverso il pagamento di un saldo”. Anche TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*, cit., il quale osserva che la soluzione individuata dalla Cassazione presta il fianco a rilievi critici proprio alla luce della speciale disciplina dei servizi di investimento, giacché si «basa su un modello ricostruttivo delle operazioni investimento eccessivamente stilizzato e non idoneo a descrivere lo svolgimento del servizio di negoziazione, ma, semmai, per certi aspetti, quello della gestione di portafogli. In effetti, la giurisprudenza vede nelle singole operazioni di investimento e di disinvestimento in strumenti finanziari la mera esecuzione di un contratto di mandato, fra intermediari cliente, in virtù del quale quest'ultimo impartisce ordini primo, che li segue, in contropartita diretta, ovvero ricercando la controparte contrattuale nel mercato. L'a., non condivide, tuttavia, la qualificazione del contratto quadro in termini di mandato (v. nt. 82).

considerando la struttura del contratto di investimento articolato secondo lo schema di un contratto quadro base, dal quale traggono fondamento e legittimazione i singoli ordini di investimento, dovrà necessariamente statuirsi che:

1) la nullità del primo determinerà anche quella dei secondi e l'investitore non avrà alcuna possibilità di governare, quantunque abbia circoscritto la domanda di nullità a singole operazioni di investimento, la propagazione degli effetti della nullità del contratto quadro su tutti i contratti a valle, essendo effetti prodotti direttamente dalla legge. In questo scenario non sarebbe neanche necessario scomodare l'operatività della nullità di protezione⁵⁸. Se, infatti, la nullità dell'ordine deriva dall'art. 23 del Tuf e per dichiararla occorre dichiarare la nullità del contratto quadro, va da sé che ciò determinerà la nullità di tutte le operazioni compiute in base ad esso e per l'investitore si porrà il serio problema delle conseguenze dell'estensione degli effetti restitutori derivanti dalla assenza di un titolo giustificativo per lo spostamento patrimoniale.

2) non sembra che l'uso selettivo della nullità del contratto quadro, possa dirsi, di per sé, sempre e necessariamente abusivo. Si ritengono pienamente condivisibili, sotto questo aspetto, le affermazioni del Supremo Collegio quando statuisce che l'esercizio selettivo della nullità non contrasti di per sé con lo statuto giuridico delle nullità di protezione. Proprio in virtù della legittimazione ad agire ristretta al solo investitore, infatti, deve ritenersi assolutamente fisiologica la selezione, da parte di quest'ultimo, del rilievo della nullità ai soli acquisti (o più correttamente ai contratti attuativi del contratto quadro) di prodotti finanziari dai quali ritenga di essere stato illegittimamente pregiudicato e che quindi invochi le relative conseguenze restitutorie solo limitatamente a quest'ultime. Cosicché, nel mero utilizzo selettivo della nullità non è possibile intravedersi *a priori* alcuna condotta contraria a buona fede dell'investitore, ponendosi, all'opposto, all'interno del paradigma legale delle nullità di protezione.

58 M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, cit., p. 156

Attraverso il mero impiego selettivo della nullità, inoltre, l'investitore dà concretezza –in sede processuale– al vantaggio che l'ordinamento, dal punto di vista del diritto sostanziale, gli riconosce, riservandogli la legittimazione esclusiva all'azione. Sotto questo profilo, la formulazione di una domanda di nullità selettiva si caratterizza quale naturale proiezione dell'interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c., in conformità con il principio della domanda (*art.* 99 c.p.c.); né, a ben vedere, sarebbe ragionevole ipotizzare che il rispetto della buona fede possa imporre all'investitore l'impugnazione di tutte le operazioni eseguite dall'intermediario, anche di quelle andate a buon fine.

Appare, dunque, pienamente condivisibile l'opinione secondo cui ⁵⁹ il modello della selettività suggerisca una dinamica pienamente coerente con lo statuto delle nullità protettive e, proprio per questo motivo, l'esercizio selettivo della nullità di protezione non possa ritenersi di per sé censurabile, autorizzando, sempre e comunque, l'intermediario ad avvalersi del rimedio dell'*exceptio doli*, perché non è riscontrabile alcuna difformità tra fattispecie astratta e fattispecie concreta.

Tuttavia, non si ritiene altrettanto condivisibile, anche all'esito della lettura in chiave funzionale della nullità di protezione, di cui all'*art.* 23 TUF, l'apodittico assunto dei giudici di legittimità secondo cui l'investitore, una volta che abbia deciso liberamente di azionare selettivamente il rimedio della nullità del contratto, diventi anche arbitro dei consequenziali effetti, attribuendogli una legittimazione esclusiva anche per l'esercizio dell'azione di ripetizione delle prestazioni rimaste prive di una legittima causa di attribuzione a seguito dell'intervenuta sentenza di nullità.

Né sembra, a parere di chi scrive, che dalla regola della “operatività a vantaggio” delle nullità di protezione, intesa come regola generale valida per tutte le nullità di protezione, possano trarsi conseguenze in grado di suffragare

59 MALVAGNA U., *Nullità di protezione e nullità “selettive”. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite n. 12390/2017*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, 828 ss.

una simile interpretazione. Le nullità di protezione operano a vantaggio della parte debole del rapporto, in quanto sono poste a servizio dell'interesse concreto dello stesso. Esse, da un lato, attribuiscono solo al contraente protetto la possibilità di agire in giudizio per attivare il rimedio, consentendo, nonostante la nullità della clausola, di considerare il contratto valido per il resto; dall'altro, impongono anche al giudice, nella prospettiva del singolo scambio, di conformare i propri poteri officiosi all'interesse concreto del solo contraente protetto, proprio perché la nullità non può operare a svantaggio di quest'ultimo.

Da ciò consegue che la nullità dei singoli ordini di investimento, motivata sul presupposto della nullità del contratto quadro, può essere dedotta esclusivamente dall'investitore, ma la dichiarazione di nullità del contratto quadro, travolgendo, rendendoli inefficaci, tutti gli ordini di acquisto effettuati sulla base di esso, comporterà il sorgere di un obbligo restitutorio (a carico di entrambe le parti) delle prestazioni eseguite in sua esecuzione⁶⁰. Questi obblighi restitutori sorgono, come si è detto, automaticamente a carico delle parti, essendo venuto meno, con efficacia *ex tunc*, il titolo e la causa giustificativa delle prestazioni eseguite.

In altri termini, l'unidirezionalità della legittimazione a esercitare il rimedio non può implicare, automaticamente, anche un'unidirezionalità degli obbli-

60 Vero è che, come osserva PAGLIANTINI S, *La nullità di protezione come nullità selettiva?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 47, tutto questo potrebbe disincentivare l'investitore ad agire in giudizio per esercitare il suo diritto all'azione e che nell'ultimo biennio la Corte di Giustizia europea ci abbia abituati a sentenze protese a individuare una serie di "accorgimenti" per non disincentivare l'impugnativa del consumatore quando vengono in rilievo ipotesi di nullità di protezione, ma non si ritiene che la Cassazione, costruendo un regime restitutorio asimmetrico *ad hoc* per le nullità di protezione, derogatorio tanto dell'art. 1421 che 1422 c.c., abbia fatto applicazione dei principi statuiti dalla Giustizia Europea. Si ritiene, invece, che si sia spinta ben al di là del consentito, forzando oltre il lecito il dato normativo dell'art. 23 TUF. Quest'ultima norma, al fine di garantire l'attuazione effettiva dell'interesse dell'investitore, accorda solo a quest'ultimo la possibilità di scegliere se far valere o meno il vizio di forma del contratto quadro, ma la protezione accordata a quest'ultimo non si spinge fino al punto di consentirgli un utilizzo arbitrario dello strumento invalidante a lui accordato, interferendo con le regole generali che disciplinano le conseguenze della nullità contrattuale. In altre parole, dall'analisi del disposto dell'art. 23 TUF non si rinviene un regime restitutorio riservato al solo investitore, e ciò dovrebbe indurre ad applicare le regole di diritto comune, in quanto non derogate dalla disciplina di settore.

ghi restitutori, poiché questi ultimi, come si è detto, discendono direttamente dall'assenza di una ragione giustificatrice del pagamento, non potendosi ravvisare nella disciplina dell'indebito oggettivo il perseguimento di alcuna finalità protettiva del contraente in posizione di debolezza nell'ambito del rapporto contrattuale. Non si può, in conclusione, non tenere in debito conto che l'attribuzione esclusiva a una delle parti della facoltà di far valere la nullità del contratto non può incidere in alcun modo anche sulla fonte dell'obbligazione restitutoria di quanto ricevuto *sine causa*, poiché quest'ultima opera su un piano distinto dal precedente, seppur ad esso collegato⁶¹.

Se, dunque, il fondamento della disciplina della ripetizione dell'indebito, ex art. 2033 c.c., risiede nell'assenza di un rapporto giuridico tra le parti, trovando il diritto a ripetere la prestazione la sua causa di giustificazione nell'inesistenza di un dovere alla prestazione, ovvero nel difetto effettivo della causa del pagamento (*causa acquirendi*), ne deriva, quale logico corollario, che l'intermediario potrà proporre una domanda riconvenzionale di condanna alla restituzione delle somme⁶² o, quantomeno, sollevare un'eccezione di compensazione contro la pretesa restitutoria azionata del cliente per paralizzare gli effetti patrimoniali dell'accoglimento della domanda, ben potendo il soggetto convenuto in giudizio con una domanda di pagamento eccepire il proprio maggior credito, fermo

61 Così, G. PETTI, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle sezioni Unite*, in *Contratti*, 2019, p. 287. Non condivide l'impostazione di fondo, A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività al vantaggio. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019*, cit., p. 102, nt. 23, il quale, soffermandosi sulla regola dell'operatività vantaggio intesa come *focus* informante della nullità di protezione, osserva che «tale operatività ingloba (come appunto rilevano le Sezioni Unite) anche gli effetti sostanziali dell'azione, che siano conseguenza diretta della stessa. E che l'accertamento della nullità sia funzionalmente diretta anche all'azione di indebito appare difficilmente dubitabile».

62 Cfr., Cass. 16 marzo 2018, n. 6664, cit., 543, «accertata la nullità del contratto d'investimento, il venir meno della causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali comporta l'applicazione della disciplina dell'indebito oggettivo, di cui agli artt. 2033 ss. c.c., con il conseguente sorgere dell'obbligo restitutorio reciproco, subordinato alla domanda di parte ed all'assolvimento degli oneri di allegazione e di prova, avente ad oggetto, da un lato, le somme versate dal cliente alla banca per eseguire l'operazione, e, dall'altro lato, i titoli consegnati dalla banca al cliente e gli altri importi ricevuti a titolo di frutti civili o di corrispettivo per la rivendita a terzi, a norma dell'art. 2038 c.c., con conseguente applicazione della compensazione fra i reciproci debiti sino alla loro concorrenza?».

restando che, in concreto, l'eccezione potrà valere a paralizzare la pretesa altrui solo sino alla reciproca concorrenza.

In questo modo, venendo meno le reciproche pretese, si eviteranno due adempimenti reciproci e "incrociati".

Sia consentita, infine, un'ultima riflessione.

Anche laddove si dubitasse della legittimità di una domanda riconvenzionale sollevata dall'intermediario o della legittimità dell'eccezione di compensazione, ad avviso di chi scrive non si può non tener conto che la condotta processuale dell'intermediario dovrebbe comunque stimolare i poteri officiosi del giudice, il quale, non potendo ignorare i rilievi formulati dal contraente non protetto, dovrebbe operare una valutazione complessiva in merito all'effettiva utilità per il cliente dell'accoglimento della domanda di nullità selettiva.

In altri termini, il giudice non può non considerare che dall'accertamento della nullità del contratto quadro, che costituisce il presupposto non solo logico, ma anche tecnico-giuridico della domanda di nullità selettivamente azionata sulle singole operazioni finanziarie, conseguano degli innegabili effetti restitutori su tutta la posizione del cliente. Se si aderisce all'impostazione secondo cui la rilevabilità d'ufficio, più che dipendere dalla mera volontà del contraente debole, dipende dal suo interesse, giacché la nullità può operare solo a vantaggio di quest'ultimo, è al giudice che spetterà la valutazione ultima della convenienza, per il soggetto tutelato, dell'accoglimento o meno della domanda di nullità, anche contro la volontà espressa dal medesimo soggetto.

Del resto, l'intervento del giudice in chiave correttiva, anche con riferimento a scelte errate poste in essere dal contraente protetto dal punto di vista sostanziale e processuale, rientra proprio nella logica delle nullità di protezione. Poiché la rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione non può operare a svantaggio del contraente protetto, ciò dovrebbe indurre il giudice, nella prospettiva del singolo scambio, a operare nell'interesse del cliente (e anche, even-

tualmente, contro la volontà di quest'ultimo)⁶³, rigettando *tout court* la domanda di nullità selettiva eventualmente formulata, proprio laddove, all'esito di una valutazione complessiva dell'intera posizione del cliente, i rendimenti degli ordini non colpiti da nullità fossero superiori rispetto al *petitum*. In siffatte circostanze, infatti, la dichiarazione di nullità del contratto quadro si ritorcerebbe contro l'investitore, coinvolgendo nella declaratoria di nullità tutti gli ordini eseguiti a valle dello stesso, e, dunque, anche quelli che non hanno formato oggetto di domanda giudiziale dell'investitore: ciò autorizzerebbe entrambe le parti ad agire attivando i rimedi restitutori *ex art. 2033 c.c.*, per ripristinare la situazione antecedente alla conclusione del contratto nullo, arrecando all'investitore un pregiudizio economico ben più grave della perdita subita nelle operazioni di investimento impugnate. In questa prospettiva, dunque, proprio in considerazione del fatto che le nullità di protezione operano solo a vantaggio dell'investitore, il giudice dovrebbe rigettare la domanda di nullità selettiva azionata dall'investitore, dovendo egli individuare, in concreto, il miglior risultato utile per il contraente protetto.

Il vantaggio economico differenziale per il cliente, ricavato dall'applicazione della regola algebrica della differenza tra perdite subite e guadagni conseguiti nell'ambito del complessivo rapporto di intermediazione finanziaria, potrebbe, in questo modo, essere valutato dal giudice come supporto valutativo-argomentativo alla decisione di rigettare la domanda di nullità, poiché il suo accoglimento non opererebbe a vantaggio dell'investitore, ottenendosi, in questo modo, lo stesso effetto paralizzante di una *exceptio doli generalis*.

Diversamente, nelle ipotesi in cui gli ordini non colpiti da nullità selettiva abbiano prodotto rendimenti inferiori o pari al pregiudizio invocato nel *petitum*, il giudice potrà accogliere la domanda di nullità selettiva proposta dall'investito-

63 Così, G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 21.

re, accertando preliminarmente, e con valore di giudicato, la nullità del contratto quadro.

Tale nullità, però, rendendo nulli tutti i contratti eseguiti a valle, dovrebbe poter legittimare l'intermediario a sollevare una eccezione di compensazione avente ad oggetto il controcredito vantato nei confronti dell'investitore per i titoli consegnati dalla banca al cliente e le somme versate a titolo di frutti civili o di corrispettivo per la rivendita a terzi (art. 2038 c.c.), con conseguente applicazione della compensazione fra i reciproci debiti, sino alla loro concorrenza. Si paralizzano, in questo modo, gli effetti patrimoniali dell'accoglimento della domanda di nullità selettiva sollevata dall'investitore, poiché il giudice, una volta verificati i presupposti sostanziali oggettivi del credito opposto in compensazione, dichiarerà l'estinzione del credito. L'accoglimento dell'eccezione di compensazione da parte del giudice farà venire meno le reciproche pretese, almeno fino alla reciproca concorrenza e l'intermediario, conseguentemente dovrà versare all'investitore la somma eccedente.

NICOLA COLLEO

Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università degli studi di Cagliari

nicola.colleo@gmail.com

**IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEL DIRITTO
AMMINISTRATIVO IN EVOLUZIONE. RIFLESSIONI
SULLA SUA ATTUALITÀ E SUL SUO AVVENIRE, TRA
FATTORI DI CRISI E RAPPORTI CON IL POTERE
NORMATIVO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE
INDIPENDENTI**

**THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN EVOLVING
ADMINISTRATIVE LAW. REFLECTIONS ON ITS
TIMELINESS AND ITS EVENT, BETWEEN CRISIS
FACTORS AND RELATIONS WITH THE REGULATORY
POWER OF THE INDEPENDENT ADMINISTRATIVE
AUTHORITIES**

SINTESI

Il contributo, dopo una breve premessa di ordine storico, affronta alcune delle più attuali problematiche riguardanti il principio di legalità dell'azione amministrativa. Lo sforzo ricostruttivo intorno alla portata del principio nell'odierno sistema ordinamentale è funzionale al tentativo di una lettura consapevole degli attuali fattori che ne minacciano la sopravvivenza e che ne causerebbero la destrutturazione. Con riferimento a questi ultimi, è dedicata particolare attenzione all'attività normativa e para-normativa delle Autorità Amministrative Indipendenti, che si caratterizza sempre più come fattore di spinta per un superamento della fisionomia tradizionale del valore della legalità. L'analisi è seguita da alcune riflessioni che si ritengono conseguenti al quadro giuridico attuale e da una proiezione verso il più immediato futuro che attende il principio di legalità.

ABSTRACT

The contribution, after a brief historical introduction, faces some of the most current issues concerning the principle of legality of administrative action. The reconstructive effort around the scope of the principle in the actual legal system is functional to the attempt of a conscious reading of the current factors that threaten its survival and that would cause its deconstruction. In relation to the latter, a particular attention is paid to the regulatory and para-normative activity of the Independent Administrative Authorities, which is increasingly characterized as a driving force for overcoming the traditional physiognomy of the value of legality. The analysis is followed by some reflections that are considered to be consequent to the current legal framework and by a projection towards the more immediate future that awaits the principle of legality.

PAROLE CHIAVE: legalità; democrazia; crisi; Autorit  Indipendenti; soft law.

KEYWORDS: legality; democracy; crisis; Independent Authority; soft law.

INDICE: 1. Il principio di legalit : evoluzione nell'ordinamento amministrativo italiano e dimensione poliedrica della nozione. – 2. (...Segue) Il dibattito dottrinale sulla legalit  amministrativa. – 3. La decostruzione del principio: i fattori di crisi che ne mettono in dubbio l'attualit  nell'odierno sistema ordinamentale. La crisi della legge e la moltiplicazione di fonti di produzione normativa, anche avulse dal sistema democratico. – 4. I poteri di normazione delle Autorit  Indipendenti. Un ulteriore fattore di spinta verso il superamento della legalit  tradizionale nel diritto amministrativo? – 5. Quale ruolo per la legalit  nell'ordinamento amministrativo di domani?

1. Il principio di legalit : evoluzione nell'ordinamento amministrativo italiano e dimensione poliedrica della nozione

L'attivit  della Pubblica Amministrazione   sottoposta ai dettami della legge. Questa laconica affermazione racchiude in s  uno degli assi portanti del diritto amministrativo moderno, la cui mancanza determinerebbe uno stravolgimento dell'intera materia amministrativa¹ cos  come   stata concepita fino ad oggi.

1 Secondo F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalit *, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 9, il venir meno del principio di legalit  amministrativa determinerebbe addirittura il crollo delle istituzioni sociali. L'Autore prosegue, poi, affermando che «non esiste diritto amministrativo senza un rapporto di necessaria conseguenza dell'esercizio del potere dal principio di legalit », p. 30.

Ma quella di legalità amministrativa, in verità, è una nozione complessa, in ordine alla quale non vi è mai stata unanimità di vedute tra gli studiosi che si sono interessati ad essa e rispetto alla quale negli anni più recenti si registrano tendenze decostruttive² che sembrano metterne in discussione la persistente attualità.

Si tratta di un effetto prodotto dalla fisiologica trasformazione di un diritto amministrativo che, così come le altre branche del mondo giuridico, muta al mutare della società. È, tuttavia, necessario chiedersi se ad una tale trasformazione che implica l'allontanamento del diritto amministrativo dal principio di legalità (nella sua tradizionale concezione) corrisponda anche una rinuncia alle funzioni che esso assolve all'interno dell'ordinamento e, in caso di risposta affermativa, se una simile perdita sia o meno ammissibile alla luce del sistema costituzionale.

Ma discutere di legalità amministrativa significa anche ragionare intorno ad un concetto polisenso, prismatico e quasi impossibile da circoscrivere entro limiti ben delineati³. Un concetto che, inoltre, nell'affermarsi del suo significato, è fortemente condizionato dal contesto storico-sociale nel quale vede la luce.

Le considerazioni che precedono rendono necessaria una breve ricostruzione dell'accidentato percorso che ha condotto alla consacrazione del principio di legalità nel nostro ordinamento. Un'attività di questo tipo, infatti, è funzionale a comprendere quali significati sono effettivamente riferibili ad una nozione così sfuggente e, tramite questa rinnovata consapevolezza, ad affrontare le sfide alle quali la modernità sottopone oggi questo principio.

² L'espressione è presa in prestito da ID, *I sentieri interrotti della legalità* cit., p. 27, il quale mette in evidenza come nel diritto amministrativo moderno siano in atto delle tendenze che "attentano" al valore e alla centralità del principio di legalità dell'ordinamento. Ma è proprio da questo principio che, secondo l'Autore, è necessario ripartire per operare una ricostruzione del diritto amministrativo.

³ Cfr., sul punto, le riflessioni svolte da A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 91.

Facendo una breve immersione nel passato, fino ad arrivare agli albori del moderno diritto amministrativo, una prima affermazione del principio di legalità si ritrova all'interno della Costituzione francese del 1791, che all'art. 3, tit. III, cap. II, sez. I, recita che: «Non vi è in Francia autorità superiore a quella della legge. Il re regna soltanto in funzione di essa, e solo in nome della legge può esigere l'ubbidienza».

Per meglio comprendere la portata epocale di una simile affermazione, è opportuno ragionare intorno al contesto in cui è stata concepita. Essa ha visto la luce in uno scenario storico – giuridico in cui l'Amministrazione era concepita come mera esecutrice materiale della legge, ancora sprovvista di quel potere di imperio capace di renderla titolare della funzione di cura dell'interesse della collettività, nonché del potere di incidere sulle situazioni di interesse individuale degli amministrati⁴.

Ciò non di meno, è un'affermazione di straordinaria importanza: per la prima volta dall'imposizione dell'assolutismo come principale forma di Stato in Europa⁵ si riconosce, attraverso un testo costituzionale, l'esistenza di un limite al potere pubblico, un limite che preesiste all'esercizio stesso del potere e che deriva direttamente dalla legge⁶.

4 Cfr., sul punto, l'accurata ricostruzione storica effettuata da B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia – Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, tenutosi a Varenna – Villa Monastero il 20 – 22 settembre 2007 Milano, Edizione Giuffrè, 2008.

5 Il principio di legalità o, comunque, una sua prima forma primordiale, era già conosciuto nell'antichità, finanche nell'antica Grecia, come sottolineato da P. SANTORO, *Legalità e legittimità: garanzie pluriordinamentali e livelli di controllo*, in *Foro Amministrativo*, 2000, p. 273.

6 Sono interessanti, a questo proposito, le riflessioni svolte da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 139 ss. L'Autore insiste sul fatto che l'affermazione dello Stato liberale e il contestuale superamento dello Stato assoluto non abbiano determinato una cancellazione ed un radicale abbandono della struttura di governo sulla quale si fondava lo Stato monarchico. Al contrario, così come lo Stato assoluto era basato su un sistema gerarchico in cui ogni atto di potere otteneva legittimazione soltanto ove fosse stato riconducibile, in ultima istanza, alla volontà del sovrano, così anche nel neonato Stato liberale qualsiasi manifestazione di supremazia avrebbe dovuto essere ricondotta all'atto costituente espressione dell'organo di vertice del sistema, ovvero la legge Parlamentare.

Peraltro, la legge che si pone quale strumento di attuazione del principio, in questa fase, non è una legge che esprime valori democratici. È un atto che promana da un Parlamento composto essenzialmente dagli esponenti della classe dominante (quella borghese) e che mira ad attuare nella società la volontà di questa forza di maggioranza.

Solo successivamente, a partire dalla codificazione napoleonica, la Pubblica Amministrazione inizia ad assumere le vesti del moderno apparato incaricato della cura dell'interesse generale. In un primo periodo, però, all'acquisizione di questa nuova funzione non si accompagna anche la consacrazione di adeguate garanzie in capo ai soggetti amministrati⁷ ed il principio di legalità, pur affermato a livello teorico, costituirà un mero simulacro formale, ancora inadatto ad assicurare un controllo giurisdizionale sull'operato del soggetto titolare del potere.

È nel corso dell'Ottocento che si assiste ad una ridefinizione dei rapporti tra Amministrazione e potere giudiziario, caratterizzata dall'attribuzione di crescenti prerogative alla prima e dalla progressiva sottrazione alla seconda di una potestà creatrice del diritto. In un contesto di questo tipo, in cui il potere autoritativo dell'Amministrazione conosce una progressiva espansione come incaricato della gestione degli interessi pertinenti alla comunità, si iniziano a radicare anche esigenze nuove, legate proprio alla protezione delle situazioni giuridiche individuali nei confronti di una simile potestà⁸. Ciò è agevolato dal fatto che la vittoria delle rivoluzioni liberali contro lo Stato assoluto determina anche l'affermazione di un nuovo assetto nei rapporti tra Stato e individuo, nell'ambito del quale quest'ultimo inizia ad essere visto come cittadino e non più come suddito⁹.

⁷ A questo proposito si rinvia ancora a IDEM, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., p. 37 ss.

⁸ Cfr., IDEM, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, pp. 40 – 41.

⁹ Si vedano a questo proposito le considerazioni svolte da F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969, p. 19 ss., secondo il quale proprio in questo periodo la legge sarebbe stata chiamata a svolgere il ruolo di strumento atto a regolare i

Sebbene con fatica e numerose problematicità a livello di inquadramento dogmatico, il principio di legalità inizia a farsi strada all'interno degli Stati di diritto di matrice liberale come un principio che assolve una specifica funzione garantistica.

Tale funzione si identifica in un primo momento come garanzia dei soli diritti di proprietà nei confronti dell'azione del soggetto pubblico, per connotarsi in senso più ampio, soprattutto a partire dai primi del Novecento, come protezione delle situazioni giuridiche individuali ritenute meritevoli di tutela dall'ordinamento.

Legalità come garanzia del cittadino, dunque. Una garanzia che in questa fase si declina nella predeterminazione legale del potere e nella sua contestabilità in sede giurisdizionale. Questo significa che discutere di legalità nel diritto amministrativo vuol dire ragionare intorno al riconoscimento al cittadino di prerogative che neanche l'Amministrazione con il suo pubblico potere può intaccare, se non quando previsto dalla legge. In secondo luogo, la legalità assicura la certezza del diritto, perché rende l'azione della Pubblica Amministrativa prevedibile da parte del soggetto che ne deve subire gli effetti. È una garanzia di libertà: la legalità offre all'individuo la possibilità di programmare le proprie azioni nella consapevolezza delle conseguenze che ne deriveranno¹⁰.

Questo periodo storico sembra essere pervaso dall'idea che la legge, nella sua perfezione di atto dotato di capacità ordinante del sistema giuridico, sia di per sé sufficiente a garantire il corretto funzionamento della macchina amministrativa e, al contempo, a tutelare le posizioni dei soggetti che siano in qualche modo coinvolti dall'esercizio del potere pubblico.

rapporti tra due sfere di libertà in conflitto: quella dell'Amministrazione (l'autorità) e quella del cittadino. La legge diviene così il mezzo attraverso il quale non solo si provvede ad ordinare ed organizzare il funzionamento della macchina amministrativa, ma anche a tutelare la sfera di libertà del cittadino.

10 In relazione al valore della certezza del diritto si rinvia a H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1966, p. 277 ss.

Una simile fiducia deve però fare i conti nella prima metà del Novecento con i regimi totalitari, che fanno della legge lo strumento per l'implementazione di un regime antidemocratico e fortemente repressivo delle libertà individuali. La legge, da baluardo contro la tirannia del potere, diviene lo scettro della sua legittimazione. È in questa fase che ci si rende conto che «nello stampo della legalità può colare oro o piombo»¹¹. La legalità e il mito su di essa costruito crolla, quindi, sotto i colpi dei totalitarismi europei.

È il crocevia per un'ulteriore evoluzione del principio, che ne plasma la sua più recente fisionomia.

La legalità, per poter essere davvero uno strumento di garanzia delle posizioni degli amministrati contro i possibili abusi del potere pubblico, deve essere in primo luogo una legalità costituzionale. Ciò significa che la legge stessa deve essere assoggettata ad un insieme di principi e di valori inderogabili che rappresentano le garanzie massime della libertà degli individui¹². Sono anche queste riflessioni ad ispirare l'epoca dei Costituzionalismi e a stimolare, in seguito, la redazione di ulteriori testi normativi a livello internazionale posti a salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo (dei quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali sono l'espressione più emblematica).

La legalità viene accompagnata, pertanto, dal valore della costituzionalità. La legge da sola non è in grado di fornire garanzie e protezione adeguata ai soggetti destinatari del potere: è necessaria l'introduzione di un nucleo di principi che nemmeno la fonte legislativa può mettere in discussione¹³.

11 La citazione è di P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di P. CALAMANDREI, Firenze, Le Monnier, 1945, p. 92.

12 Queste considerazioni a proposito della legalità costituzionale si ritrovano in R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche IX*, Quarta edizione, 1994, p. 90.

13 Cfr., sul punto L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma XVIII, 1988, secondo il quale in mancanza di una Costituzione rigida, i cui principi siano saldamente posti a presidio della legittimità delle leggi e delle altre fonti subordinate, il principio di legalità non potrebbe esplicare la funzione garantistica e di tutela con la quale si è consacrato

Vi è, poi, un ulteriore valore con il quale il principio di legalità amministrativa si è interfacciato nei sistemi democratici occidentali e, in particolare, nell'ordinamento italiano: quello della democraticità stessa.

Quello riguardante la democraticità è uno degli aspetti più controversi del principio di legalità. Esso ha suscitato infiniti dibattiti e riflessioni tra autorevoli esponenti della dottrina pubblicistica¹⁴ i quali si sono interrogati sull'effettiva sussistenza o meno di un inscindibile legame tra il principio in questione e la derivazione della legge dalla volontà popolare.

È allora, forse, opportuno tentare di andare più a fondo nel dibattito dottrinale che ha riguardato il principio di legalità nei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione fino ad arrivare alle più recenti dissertazioni. Un'operazione utile sia per comprendere quali siano state e quali siano attualmente le posizioni in ordine ai rapporti di questo canone generale con quello di democraticità dell'ordinamento, sia per cercare di comprendere che cosa significhi effettivamente assoggettare l'azione amministrativa all'obbligo del suo rispetto e, da ultimo, per verificare se sia o meno possibile tracciare i confini di una nozione così poliedrica.

2. (...Segue) Il dibattito dottrinale sulla legalità amministrativa

Come si è cercato, seppur brevemente, di mettere in evidenza nelle pagine che precedono, il principio di legalità si è storicamente affermato in ordinamenti ancora estranei all'attuazione di un pieno principio democratico. In altri termini, la legalità ha costituito nello Stato liberale lo strumento attraverso il quale la classe sociale all'epoca dominante (quella borghese) è riuscita ad im-

nel diritto amministrativo.

14 Si vedano, sul punto, le riflessioni svolte da F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico* cit., p. 243. L'Autore mette in discussione il fatto che il principio di legalità comporti una soggezione di tutta l'attività della pubblica amministrazione ai dettami della legge. Al contrario, accedendo ad una nozione ampia di legalità, egli ritiene che la legge ordinaria adottata dal Parlamento debba costituire la fonte necessaria di legittimazione del potere pubblico soltanto nelle materie che sono sottoposte a riserva di legge da parte della Costituzione.

porre la propria volontà nell'ordinamento (sostituendo la propria a quella del monarca assoluto) ed a garantire la propria egemonia, senza assumere, però, la veste di volano per l'affermazione della volontà popolare. Infatti, la classe borghese ha attuato un modello di governo essenzialmente analogo, nella sostanza, a quello che aveva connotato l'ormai defunto Stato assoluto¹⁵, seppur con l'introduzione di maggiori garanzie e strumenti di controllo in favore dei cittadini.

Ne consegue, pertanto, che si ritiene che non possa trovare accoglimento l'affermazione secondo cui il principio di legalità sia ontologicamente legato a quello di democraticità. Infatti, la funzione di garanzia che la legalità ha assolto nella fase genetica della sua storia si è rivelata svincolata dalla legittimazione popolare degli atti che ne costituivano espressione.

Resta però da capire se il principio, pur concepito in un contesto ordinamentale ancora insensibile ad istanze di democraticità, una volta trasfuso in un sistema giuridico come quello costituzionale italiano, che assurge il principio della sovranità popolare a proprio pilastro, venga o meno ad intrecciarsi in modo necessario proprio con tale valore¹⁶. In altri termini, si tratta di verificare se il principio di legalità, per mantenere la funzione garantistica che lo ha storicamente connotato, implichi, nel nostro sistema costituzionale, che la legge che attribuisce e regola il potere debba sempre avere un'origine Parlamentare.

La risposta a questo quesito riveste particolare importanza, perché consente di tracciare un contorno ancora più definito del principio e della sua con-

15 Sul punto si veda ancora N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., pp. 142 – 143, che sottolinea che qualsiasi forza, per potersi realmente affermare a livello giuridico – politico, necessita di una struttura e di un sistema che le consentano di far valere la propria egemonia. Il che comporta la necessità di mantenere intatta l'impalcatura sulla quale si ergeva l'entità precedentemente al potere, pur sostituendo alla volontà di quest'ultima la propria.

16 A questo proposito sono di particolare interesse le riflessioni svolte da G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Diritto Pubblico* 1995, p. 259, il quale riconduce il fondamento del principio di legalità alla sovranità popolare e allo Stato di diritto. Lo tiene separato, invece, dal principio di democraticità (che, pertanto, viene assunto in un'accezione differente da quella di sovranità popolare) proprio perché storicamente vi sono stati ordinamenti che, pur praticando la legalità, non accoglievano il principio democratico.

creta portata, nonché delle ricadute che esso determina sull'attività amministrativa¹⁷.

Possono essere individuate due posizioni fondamentali nella dottrina che si è occupata del problema.

Un primo orientamento è riconducibile alle posizioni di chi ha ritenuto che il principio di legalità non possa vivere nell'ordinamento se non in simbiosi con quello di democraticità e che, pertanto, l'intera attività della Pubblica Amministrazione che sia suscettibile di produrre effetti verso l'esterno debba trovare nella legge Parlamentare o negli atti ad essa equiparati la fonte della propria legittimazione¹⁸.

Questa netta presa di posizione ha una sua solida base concettuale. I fautori di questa tesi ritengono, infatti, che il principio di legalità, per poter realmente assolvere alla funzione garantistica che gli è propria, non possa ridursi alla mera predeterminazione delle regole che dovranno essere seguite dall'Amministrazione nell'esercizio del potere. Una siffatta declinazione del principio, seppur idonea ad approntare delle basiche tutele in favore degli amministrati, risulterebbe però insufficiente nella prospettiva di una piena protezione degli interessi dei singoli.

Perché il principio in questione possa, invece, assurgere pienamente al ruolo di baluardo nella tutela delle posizioni di interesse dei cittadini, è necessario che esso trovi nella legge Parlamentare la propria fonte. Infatti, solo la legge, per il fatto di porsi come risultato del confronto dialettico tra le forze politi-

17 Un'interessante sintesi delle ondivaghe posizioni assunte a questo proposito dalla giurisprudenza amministrativa fino alla metà degli anni '90 del secolo scorso si ritrova in A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 108 ss.

18 Questa è la posizione chiaramente assunta da A. TRAVI, *Presentazione del tema del Convegno in Atti del Convegno di Studi di scienza dell'Amministrazione*, tenutosi a Varenna – Villa Monastero il 20 – 22 settembre 2007, Giuffrè editore, Milano 2008, p. 7, il quale non nasconde il fatto di essere convinto dell'esistenza di una stretta connessione tra il principio di legalità e quello di democraticità e, nella conclusione, del suo intervento, sollecita il pubblico e il lettore a non perdere di vista l'importanza dei valori dell'ordinamento democratico. La stessa posizione è fatta propria da G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2020, p.43.

che che rappresentano gli interessi della società, risulta veramente idonea a preservare le posizioni di coloro che saranno chiamati a subire le conseguenze dell'esercizio del potere pubblico¹⁹. È proprio il carattere della rappresentatività che la legge incarna, in quanto atto espressivo della volontà popolare, a renderla l'unica fonte del diritto idonea ad attribuire un potere autoritativo all'Amministrazione. Un potere, quest'ultimo, che soprattutto nel diritto amministrativo delle origini si esplica in atti di imperio suscettivi di determinare una compressione della sfera giuridica dei destinatari²⁰.

L'accoglimento di una nozione così costruita comporta, come logica conseguenza, l'inammissibilità di poteri che rinvercano negli atti della stessa Amministrazione la propria base costitutiva. Il corollario della legalità intesa nella sua accezione più democratica è quello della natura etero imposta del potere. Un'Amministrazione che disciplinasse da sé il potere esercitato violerebbe i canoni della democraticità e della sovranità popolare²¹.

19 Questa posizione è efficacemente espressa da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., p. 161 ss. Le parole usate dall'Autore rivelano appunto l'esistenza un'intima connessione, in un sistema costituzionale democratico, tra legalità e democraticità: «l'idea di fondo, cioè, che il sacrificio dei propri diritti ad opera della pubblica autorità non possa essere ammeso se non nei casi in cui tale sacrificio abbia ricevuto il previo assenso ad opera dei rappresentanti di chi ne dovrà subire l'imposizione o comunque gli oneri». L'Autore sostiene, altresì, che un principio di legalità inteso in questi termini sia comune alle esperienze ordinamentali dei principali Stati europei, sia a quelli le cui Costituzioni contengono un'espressa enunciazione del principio, sia di quelli che, come quello italiano, non hanno riservato ad esso uno spazio proprio all'interno della Carta fondamentale. La medesima posizione si rinviene in S. PAJINO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2005, II, p. 506 ss., il quale ritiene che il principio di legalità non sia indifferente alla natura del soggetto dal quale la legge stessa promana. Solo la legge Parlamentare consente la piena attuazione della democraticità alla quale il principio di legalità è strettamente ancorato, in quanto unica fonte in grado di esprimere la volontà popolare e di presentarsi come risultato del confronto dialettico tra le frange politiche presenti nella società. Ancora, in senso conforme si veda P. SANTORO, *Legalità e legittimità: garanzie pluriorientamentali e livelli di controllo*, cit., p. 276.

20 Come sottolinea G. MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, II 2017, p. 265, il principio di legalità si estende, però, anche ai poteri suscettivi di produrre effetti ampliativi della sfera dei destinatari. Questo non solo perché l'atto amministrativo favorevole per il destinatario può, al contempo, produrre effetti sfavorevoli in capo a terzi, ma anche perché i principi di trasparenza, pubblicità e motivazione ricavabili dall'art. 97 della Costituzione riguardano l'intera attività amministrativa e implicano che essa debba essere conforme ai dettami della legge.

21 Si veda ancora, sul punto, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., p. 161.

Il secondo orientamento è, invece, rappresentato dalle posizioni di coloro che negano l'esistenza di un necessario rapporto tra il valore della legalità e quello della sovranità popolare²² e che riconoscono al primo una propria autonoma funzione all'interno del sistema giuridico, totalmente indipendente da quella predicabile del secondo.

In questa diversa prospettiva la legalità costituisce, più semplicemente, una garanzia che si collega immediatamente a quelle della certezza del diritto e dell'imparzialità. Con riferimento alla prima, permette agli amministratori di porre in essere scelte consapevoli, in quanto realizzate alla luce di un preesistente quadro normativo di riferimento che consente di prevedere quali saranno le conseguenze delle azioni compiute. Sul piano dell'imparzialità, il principio assicura che l'Amministrazione, per il fatto di agire sulla base di una disciplina posta da una norma emanata prima dell'esercizio concreto del potere, agisca in modo non discriminatorio nei confronti dei destinatari degli atti e rifugga da un approccio casistico nel rapportarsi alle situazioni che richiedono l'esercizio del potere pubblico²³. Al contempo, l'esistenza di una norma attributiva del potere a monte rende quest'ultimo sindacabile in sede giurisdizionale attraverso un procedimento di raffronto tra atto concreto e fattispecie astratta.

Proprio dal fatto che la legalità mira ad ancorare l'azione dell'Amministrazione ad una norma alla quale essa sia raffrontabile deriva che il potere pubblico possa essere disciplinato anche da altre fonti normative, tra le quali rientrano anche quelle che promanano dallo stesso soggetto pubblico titolare del potere. Questo è possibile proprio perché in questa prospettiva la legalità

22 Tale posizione è sposata da M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia – Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione 20 – 22 settembre 2007*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 64 – 65, il quale afferma che il principio di legalità, da un punto di vista analitico non ha nessun legame con il principio democratico e con quello della sovranità popolare. Un nesso con questi valori è certamente ravvisabile, ma la sua natura è di tipo storico.

23 Questa posizione è stata espressa da S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale. Tomo primo*, Milano 2000, pp. 200 – 204.

non si lega all'esigenza di un controllo democratico sull'esercizio del potere medesimo, ma semplicemente a quella della sua raffrontabilità, atta a garantire che sia esercitato legittimamente²⁴. Un simile convincimento, peraltro, poggia anche sull'assunto secondo il quale non sia possibile rinvenire all'interno della Carta Costituzionale (né esplicitamente, né implicitamente) l'enunciazione del principio di legalità amministrativa e, quindi, l'introduzione di una riserva di legge generale²⁵.

Al di là del fatto che la dottrina e la giurisprudenza oggi maggioritarie ritengano di rinvenire nella Costituzione delle solide basi a fondamento della vigenza nell'ordinamento di un principio di legalità dell'azione amministrativa²⁶, la posizione preferibile sembra essere quella che aggancia il principio di legalità ai valori democratici dell'ordinamento costituzionale.

24 Cfr., su questo punto, F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico* cit., p. 243, il quale ritiene a proposito dell'Amministrazione che: «La sua azione è caratterizzata da una esigenza fondamentale, che si svolga secondo il duplice criterio proprio della comunità, cioè l'optimum da un lato, la pubblicità, la conoscibilità, come si è detto, dall'altro. Una qualsiasi norma, pertanto, è sufficiente a rendere pubblica, conoscibile, ricostruibile, la sua azione. La norma può avere qualunque origine e quindi sia essere posta dal Parlamento in forma di legge, sia risultare da consuetudini o da prassi o da norme poste dall'amministrazione stessa».

25 Sul punto si veda nuovamente ID., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico* cit., p. 248, il quale, tra le varie argomentazioni addotte per sostenere questa posizione, ritiene che l'impossibilità di rinvenire in Costituzione l'enunciazione del principio di legalità discende dalla presenza di numerose riserve di legge speciali. Se davvero il Costituente avesse voluto introdurre nell'ordinamento un simile principio, oltre a farlo esplicitamente, non avrebbe proceduto alla apposizione di queste ulteriori riserve settoriali. In senso conforme si veda anche F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Reggio Calabria, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 41 ss., il quale, oltre ad escludere che possa essere rinvenuta all'interno della Costituzione una norma che sancisca il principio di legalità, ritiene altresì che esso trovi nell'ordinamento amministrativo italiano una declinazione morbida. Infatti, l'Autore, sebbene riconosca che il potere dell'Amministrazione debba sempre rinvenire nella legge Parlamentare la fonte della propria legittimazione, afferma al contempo che la legge non può e non deve disciplinare compiutamente il contenuto del potere. Al contrario, all'Amministrazione deve essere riservata una sfera di discrezionalità sufficientemente ampia da consentirle di provvedere alla miglior cura del pubblico interesse, tramite l'individuazione nel caso concreto del significato da attribuire alla norma attributiva del potere.

26 Si rinvia, sul punto, a P. SANTORO, *Legalità e legittimità: garanzie pluriorдинamentali e livelli di controllo* cit., p. 272; nonché a G. MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti* cit., p. 264.

Così come ogni altro principio od istituto che possiedano una funzione di garanzia, anche quello di legalità si evolve di pari passo con l'ordinamento ed esso, per poter realmente assicurare agli amministrati una tutela effettiva degli interessi dei quali sono titolari, non può che implicare che il potere pubblico si fondi su un atto espressione della volontà popolare. L'ordinamento costituzionale italiano, infatti, si fonda proprio sulla supremazia di questa volontà, che si esplica attraverso l'azione dei rappresentanti eletti con metodo democratico. Ne discende che le posizioni dei destinatari del potere possono essere ritenute adeguatamente garantite solo se alla base del potere medesimo vi sia un atto che promana dal popolo sovrano. Così non sarebbe, invece, se fosse consentito alla Pubblica Amministrazione di porre da sé le regole della propria azione: in questo caso si verrebbe a configurare un potere altro e parallelo rispetto a quello esercitato dall'organo Parlamentare.

La legalità negli Stati di diritto, come più sopra messo in evidenza, nasce e si sviluppa in un ordinamento caratterizzato dall'egemonia di una singola classe sociale (quella borghese) che, per il suo tramite, mira ad ottenere le migliori garanzie e ad affermare la propria volontà nell'ordinamento. Nel momento in cui dallo Stato di diritto liberale si passa allo Stato di diritto democratico, appare evidente che le garanzie assicurate dalla legalità, per mantenere la loro forza e pregnanza, debbano essere adattate al nuovo contesto ordinamentale. Ciò significa che la legge, per poter esprimere quelle stesse esigenze di tutela e di affermazione della sovranità, non può che provenire dall'organo Parlamentare ed essere, in questo modo, sinonimo di democrazia²⁷.

D'altronde, se può ritenersi condivisibile il fatto che non sia dato rinvenire nella Costituzione una disposizione espressa relativa alla legalità come principio regolatore dell'azione amministrativa, è anche vero che molti dei principi

27 Si tratta, in sostanza, di prendere atto del fatto che, così come avvenuto nel passaggio dallo Stato assoluto allo Stato liberale, anche nel passaggio successivo allo Stato democratico la legge continua ad essere espressione della sovranità, che si impone e limita ogni altro potere. Cfr., sul punto, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

costituzionali perderebbero il loro significato sostanziali se letti disgiuntamente dalla legalità stessa. Ciò vale, in modo particolare, per i principi dell'imparzialità amministrativa e per il diritto di difesa contro gli atti delle Pubbliche Amministrazioni. Si tratta di principi che, per poter sprigionare tutta la forza garantistica di cui sono intrisi, necessitano di poter fare affidamento sulla legalità, intesa come regola etero-imposta al soggetto titolare del potere. Infatti, così come un'Amministrazione, per essere imparziale, deve agire sulla base di norme che sono state poste da altre istituzioni, allo stesso modo il cittadino, per poter beneficiare di una tutela effettiva contro i soggetti pubblici, deve poter fare affidamento sul fatto che le norme non siano state poste dallo stesso soggetto contro il quale sta agendo.

La legalità si presenta, quindi, come principio storicamente determinato, oggi stabilmente connesso ai valori democratici e dotato di una forte funzione garantistica.

Rimane, a questo punto, da comprendere quale sia il significato più corretto da riferire a questo principio e quali siano i suoi confini semantici. Infatti, si è fino ad ora ragionato intorno della legalità, alle sue origini e alle funzioni che essa assolve nell'ordinamento, ma non si è ancora pervenuti ad una definizione chiara del suo significato.

Anche in questo caso, i significati astrattamente riconducibili ad essa sono molteplici.

In primo luogo, il principio di legalità può riferirsi tanto al potere normativo ed implicare la doverosità di una sua sottoposizione ai dettami della Costituzione o di altra fonte sovraordinata, tanto a quello giudiziario e a quello amministrativo, comportando, in queste ultime due ipotesi, la sottomissione del potere in questione alla legge²⁸.

28 Cfr., sul punto, M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia – Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione 20 – 22 settembre 2007* cit., pp. 62 – 63, il quale ritiene che la dottrina che si è occupata di studiare la legalità lo abbia tradizionalmente fatto in modo eccessivamente parziale, concentrandosi unicamente sui rapporti tra la legge e il potere

Nel diritto amministrativo, la definizione più basilica ed essenziale possibile del principio di legalità è quella della necessità che qualsiasi forma di potere autoritativo trovi nella legge il proprio fondamento²⁹. Tale definizione, oramai non più soggetta ad alcun tipo di contestazione, non è, tuttavia, appagante, posto che non consente di comprendere fino a che punto debba spingersi la fonte normativa nel disciplinare il potere conferito all'Amministrazione.

Parte della dottrina ha ritenuto che, fatta eccezione per le materie coperte da riserva di legge, la norma possa (e, preferibilmente, debba) limitarsi ad attribuire il potere al soggetto pubblico astenendosi dal predeterminarne in maniera dettagliata il contenuto, pena la creazione di un ostacolo al perseguimento degli interessi affidati alla cura dell'Amministrazione³⁰.

Una siffatta configurazione del principio di legalità, basata sulla mancata perimetrazione del concreto contenuto del potere da parte della norma, evoca una concezione di tipo meramente formale, come semplice attribuzione di una potestà i cui precisi contorni rimangono indefiniti.

In un'ottica di questo genere il principio di legalità perde molta della sua forza garantistica, in quanto l'Amministrazione viene resa libera di definire concretamente i contenuti e la latitudine del potere assegnatole. La tutela

pubblico. Accanto a questo significato di legalità, però, è possibile rinvenirne degli altri, tra i quali quello che si riferisce alla latitudine del «potere del soggetto che ne pretenda la titolarità ultima (...) ed afferma che il principe (gli organi costituzionali – politici dello Stato, qualunque ne sia la configurazione positiva) non è mai *legibus solutus*».

29 Si veda, a questo proposito, quanto affermato da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., pp. 106 – 107.

30 Di tale tesi si è fatto autorevole portavoce F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa* cit., p. 114, il quale sostiene che l'Amministrazione, nell'esercitare il potere, non compia un'attività di attuazione del dettato normativo ma, al contrario, realizzi un completamento della norma, ponendo in essere un'attività che potrebbe definirsi «politica». L'Autore aggiunge, altresì, che il principio di legalità debba essere rappresentato non più attraverso lo schema «norma-atto-effetto», ma come semplice limite negativo, come non contraddizione dell'azione dei pubblici poteri rispetto al dettato della norma. In una prospettiva analoga si collocano anche le posizioni espresse da F. SATTA, *Il principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico* cit., p. 17, il quale sottolinea come sia necessario che le esigenze di garanzia che sono sottese dal principio di legalità siano bilanciate con quelle dell'efficienza dell'attività amministrativa, in modo tale da evitare che l'Amministrazione risulti «schiacciata da leggi troppo analitiche».

dell'amministrato si riduce alla mera consapevolezza della spettanza del potere ad un determinato soggetto pubblico, rimanendo invece preclusa la possibilità di utilizzare il precetto quale strumento per la predeterminazione consapevole delle proprie azioni e quale elemento di raffronto dell'attività autoritativa incidente sulla propria sfera giuridica.

I rilievi critici messi in evidenza rendono preferibile l'adesione alla seconda accezione del principio di legalità, quella che lo assurge a valore di portata sostanziale.

Questa differente declinazione del principio di legalità si traduce nella doverosa predeterminazione legale del potere pubblico attribuito all'Amministrazione. Ciò non significa che il potere deve essere interamente definito nei suoi contenuti dalla norma che lo pone (questo accade solo nelle ipotesi di attività amministrativa vincolata), ma che debbano essere puntualmente individuati i suoi elementi costitutivi e le loro reciproche connessioni.

Legalità, quindi, come individuazione delle modalità di esercizio del potere e definizione dei suoi limiti. Peraltro, il principio inteso in questi termini non si pone affatto in rapporto antinomico con l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Questa continua a mantenere il suo fondamentale ruolo di istituto funzionale alla migliore calibrazione del potere in rapporto alle caratteristiche del caso concreto anche nei sistemi amministrativi che si fondano su una simile concezione della legalità³¹.

31 Quanto affermato è chiarito in maniera brillante ed efficace da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., pp. 155 – 156, il quale, nell'illustrare il significato della legalità in senso sostanziale, opera una distinzione tra il principio di legalità *tout court* e la riserva di legge, in questo modo confutando le argomentazioni della dottrina che tende a far coincidere il significato delle due espressioni. L'Autore ritiene che tra principio di legalità e riserva di legge vi sia una differenza di latitudine: il principio di legalità (che si estende all'attività amministrativa nella sua interezza) impone che il potere debba essere disciplinato e tipizzato dalla legge, la riserva di legge, invece, implica un *quid pluris*, perché impone al legislatore l'introduzione di una regolazione capace di andare più in profondità e di limitare maggiormente l'ampiezza della discrezionalità amministrativa. In senso conforme si veda anche G. MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti* cit., p. 263 ss., il quale mette in evidenza il fatto che predicare il valore sostanziale del principio di legalità non significa cancellare gli spazi di discrezionalità dell'azione amministrativa che, anzi, sono ad essa connaturati. La legalità non è intesa, quindi, neanche dai fautori della teoria sostanzialistica come meccanica at-

Questa accezione sostanzialistica si collega, pertanto, al valore della tipicità dei provvedimenti, che si aggiunge a quello della mera nominatività e garantisce una tutela giurisdizionale effettiva nei confronti degli atti di esercizio del potere.

L'analisi condotta fino ad ora mostra come il principio di legalità, per il tramite delle teorie democratiche e sostanzialistiche alle quali si ritiene in questa sede di aderire, abbia assunto nell'ordinamento una sua specifica fisionomia. Essa riflette l'immagine non di un valore autonomo, ma, al contrario, funzionale alla realizzazione di ulteriori e diverse garanzie, fondamentali in un ordinamento costituzionale e democratico come quello italiano. Discorrere di legalità significa, pertanto, discorrere di democrazia, separazione dei poteri, pienezza della tutela giurisdizionale e, da ultimo, di buona amministrazione³².

È necessario a questo punto addentrarsi maggiormente nella materia e nelle problematiche che la interessano attualmente. Facendo ciò si finirà per scoprire che il ruolo della legalità come chiave di volta per la realizzazione piena di questi valori, un tempo condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, sta conoscendo in tempi recenti una svalutazione e, a detta di molti, sta attraversando una crisi dalla quale non sembra poter uscire, quanto meno non con le stesse sembianze che aveva in precedenza³³.

tuazione del precetto normativo da parte dell'Amministrazione. Sul punto si vedano anche le considerazioni di S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Diritto amministrativo*, 2008, I, p. 230, la quale rinviene il fondamento del principio di legalità nell'articolo 113 della Costituzione e sottolinea come il valore della legalità sostanziale si rinvenga proprio nel diritto dei consociati di poter impugnare in sede giurisdizionale gli atti emanati dalla Pubblica Amministrazione.

32 Sul punto si vedano le considerazioni critiche svolte da S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto XXIII*, 1973, p. 672 ss., il quale esclude che il principio di legalità rinvenga il suo fondamento nei principi della sovranità Parlamentare, dello Stato di diritto o in quello della separazione dei poteri. L'Autore rinviene, invece, il fondamento del principio di legalità all'interno dell'articolo 101 della Costituzione, negando, però, che tale fondamento imponga sempre una raffrontabilità in senso sostanziale dell'atto amministrativo alla legge.

33 Cfr., ex multis, B. SPAMPINATO, *Sulla "crisi" di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *federalismi.it*, 31 maggio 2017.

3. La decostruzione del principio: i fattori di crisi che ne mettono in dubbio l'attualità nell'odierno sistema ordinamentale. La crisi della legge e la moltiplicazione di fonti di produzione normativa, anche avulse dal sistema democratico

Come anticipato *supra*³⁴, il ruolo della legalità sostanziale è oggi messo in discussione.

Ciò è dovuto, in particolare, alle profonde trasformazioni socioeconomiche che hanno investito la società e che continuano a mutarne la fisionomia ad una velocità crescente e che si sono inevitabilmente riverberate anche sull'ordinamento giuridico e sul funzionamento della sua macchina amministrativa. Si è parlato, a questo riguardo, di un diritto amministrativo in trasformazione³⁵.

Che il diritto amministrativo stia attraversando una fase di profondi mutamenti è un fatto risaputo. Mai come negli ultimi anni, tuttavia, i cambiamenti che lo stanno investendo rischiano di mettere in discussione alcuni dei suoi capisaldi fondamentali, tra i quali rientra, appunto, quello della predeterminazione legislativa del potere pubblico. Da cuore pulsante del diritto amministrativo, il principio di legalità sembrerebbe oggi relegato da parte della comunità scientifica al ruolo di anacronistico simulacro di un modello di Pubblica Amministrazione ormai superato, in un diritto amministrativo bisognoso di nuove formule di funzionamento.

Numerosi i fattori che starebbero incidendo con effetto corrosivo sulla tenuta di questo valore.

Uno dei più significativi e dibattuti è identificabile nello stato di crisi nel quale versa oggi la legge parlamentare come fonte primaria della produzione

34 Vedi retro, paragrafo § 2.

35 Questo è anche il titolo di una brillante monografia di N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2016. Nel capitolo introduttivo (spec. p. 8), l'Autore passa in rassegna una serie di fattori che avrebbero contribuito a cambiare il volto del diritto amministrativo tradizionale e manifesta delle preoccupazioni anche in relazione alla eccessiva fuga verso il diritto privato da parte dell'Amministrazione che, a suo avviso, potrebbe porre problemi in relazione alla centralità del principio di legalità nell'ordinamento e alle garanzie che esso offre ai consociati.

del diritto. Uno stato di progressivo decadimento imputabile ad una pluralità di ragioni.

Tra le principali rientra l'incapacità di tale fonte normativa di introdurre una regolazione chiara ed ordinata in un contesto storico, sociale ed economico in cui la moltiplicazione degli interessi determina un sempre maggiore livello di complessità dei rapporti nei settori bisognosi di regolamentazione. Infatti, si assiste spesso all'emanazione di atti normativi che non solo non riescono a dare risposte appaganti alle esigenze di disciplina che emergono dal tessuto sociale, ma che, in più, si sovrappongono e si coordinano tra loro molto faticosamente³⁶. Si è parlato di «schizofrenia legislativa»³⁷, proprio per alludere alla incontrollata produzione normativa imputabile all'organo parlamentare che, anziché realizzare il valore della certezza del diritto, tende ad ostacolarlo³⁸.

Secondariamente, è stata messa in evidenza la crescente marginalizzazione del ruolo del Parlamento, soprattutto in relazione alla disciplina di materie tecnicamente complesse. In questi ambiti è sempre più frequente il ricorso allo strumento del decreto- legge che, peraltro, per il fatto di fondarsi di frequente su leggi di delega particolarmente elastiche e incapaci di confinare la discrezionalità dell'Esecutivo entro margini ben delineati, configura una vera e propria

36 Si rinvia sul punto a A. RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, II, p. 575, il quale compie una lucida analisi dei rapporti oggi intercorrenti tra l'inarrestabile intensificazione degli scambi e delle relazioni sociali e del loro conseguente bisogno di tutela da un lato, e l'incapacità delle fonti tradizionali di dar loro risposte soddisfacenti, dall'altro.

37 L'espressione si ritrova in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il significato formale dell'ideale del «governo delle leggi» (rule of law)*, in *Dir. amm.*, 2011, I, p. 40.

38 A proposito dell'abuso dello strumento legislativo da parte dell'organo parlamentare e del presunto discostamento da un «ideale sistema delle fonti del diritto», si vedano le considerazioni svolte da ID, *Il significato formale*, cit., p. 39, il quale assume posizioni critiche rispetto alle dottrine che ritengono che quello della centralità della “rule of law” costituisca un ideale ormai tramontato, stante la manifesta incapacità della legge ordinaria formale di svolgere un adeguato ruolo di disciplina e tutela degli interessi che si agitano nel corpo sociale. L'Autore, in opposizione a queste teorie, sottolinea l'importanza di mantenere l'ordinamento ancorato ai valori dello Stato di diritto, rispetto alla cui sopravvivenza la *Rule of Law* è ancora in grado di giocare un ruolo fondamentale, pur dovendosi adattare al mutamento dei tempi.

abdicazione della funzione legislativa da parte dell'organo parlamentare³⁹. L'organo assembleare avrebbe, dunque, perso il proprio ruolo di elemento di raccordo con le istanze provenienti dalla popolazione, ormai incapace di dare ad esse una sintesi e di produrre un diritto idoneo a rispecchiare la volontà della maggioranza.

In un contesto caratterizzato dalla debolezza del ruolo del Parlamento e della legge quale strumento del quale il primo si avvale per esercitare la propria funzione, si assiste in parallelo ad un rafforzamento del ruolo della giurisprudenza, che assurge alla funzione di supplente del legislatore, attraverso l'esercizio di un potere giurisdizionale dai connotati sempre più creativi⁴⁰. Si tratta di un risvolto che sottolinea la perdita di una posizione di preminenza nell'ordinamento da parte del principio di legalità e che, per converso, genera un forte momento di frizione con il principio della separazione dei poteri⁴¹.

Alla crisi della legge e alla perdita di rappresentatività dell'organo assembleare si accompagna il ruolo progressivamente più "invadente" assunto dal diritto comunitario e da quello sovranazionale.

Infatti, la penetrazione del diritto sovranazionale nell'ordinamento interno si fa sempre più incisivo e gli spazi occupati da fonti prodotte da attori esterni divengono progressivamente più numerosi⁴². Ciò si deve tanto al conti-

39 Cfr., a questo proposito, G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, III, p. 3, il quale sottolinea altresì come il ricorso spesso subdolo da parte del Governo alla questione di fiducia in relazione all'approvazione di "maxi – emendamenti" costituisce un ulteriore strumento atto a esautorare il Parlamento della funzione costituzionale che gli compete.

40 A questo proposito si rinvia al brillante contributo di G. P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Diritto pubblico*, 2018, II, p. 313 ss. Il problema era già stato messo in evidenza in precedenza da S. FOIS, *Legalità (principio di)* cit., p. 697, il quale evidenziava come quella secondo la quale il giudice si limiti nel concreto ad applicare il diritto sia una mera illusione.

41 Cfr., A. RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?* cit., p. 594.

42 A questo riguardo, ID, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?* cit., p. 596, fa riferimento ad un processo di integrazione sovranazionale «inarrestabile», guidato non solo dal ruolo sempre più influente degli attori sovranazionali, ma anche da un processo di progressiva integrazione tra gli ordinamenti degli Stati. Lo scenario attuale sarebbe sempre più caratterizzato dalla cessione verso l'alto del ruolo di indirizzo politico da

nuo aumento degli ambiti nei quali è espressamente riconosciuta una potestà normativa ad organismi esterni all'ordinamento nazionale (in particolare, l'Unione Europea)⁴³, quanto al fatto che, anche al di fuori delle materie convenzionalmente disciplinate a livello sovra-statale o rientranti tra quelle nelle quali i suddetti organismi esterni vantano un'espressa potestà normativa, è aumentata la porosità dell'ordinamento amministrativo interno rispetto alle influenze esterne⁴⁴.

Quest'apertura rispetto all'efficacia delle fonti esterne di matrice internazionale accresce i dubbi sulla perdurante centralità della legalità amministrativa intesa nell'accezione precedentemente messa in evidenza⁴⁵. Infatti, tanto l'ordinamento comunitario quanto quello internazionale *tout court* si basano su un sistema di produzione del diritto che è solo parzialmente retto da meccanismi attuativi del valore della democraticità⁴⁶.

Si tratta di un fattore che, quindi, mette in crisi la legalità amministrativa, quanto meno nella sua accezione di principio volto all'attuazione della volontà popolare, garanzia degli amministrati proprio in quanto promanante da un organo espresso dal popolo stesso. A ciò si aggiunge il fatto che non è dato rinvenire né all'interno delle fonti comunitarie né all'interno della Cedu un'espressa enunciazione del principio della legalità amministrativa, né si riscontrano nelle pronunce delle rispettive Corti sforzi ermeneutici volti a favorire l'emersione del principio a livello interpretativo⁴⁷.

parte degli organi costituzionali che dovrebbero esserne titolari.

43 Sul punto si vedano le considerazioni svolte da B. SPAMPINATO, *Sull'evoluzione del principio di legalità amministrativa*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, p. 266, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2015.

44 Questo fatto è dimostrato dall'attuale formulazione dell'articolo 1, comma 1, della legge 7 agosto 1990 n. 241 che, dopo la modifica apportata dalla legge di riforma 11 febbraio 2005 n. 15, prevede che l'attività amministrativa sia retta anche «dai principi del diritto comunitario».

45 In senso difforme si veda la posizione di F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 47 ss., il quale vede nella normativa di fonte comunitaria un possibile collante per l'introduzione di una legalità amministrativa di matrice europea.

46 Per un'analisi relativa al deficit di legittimazione democratica che ancora avviluppa le istituzioni comunitarie si rinvia a R. PERRONE, *Rafforzamento identitario dei partiti politici europei e democrazia dell'Unione, quali strumenti?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, II, p. 929 ss.

47 A questo riguardo sono interessanti le considerazioni svolte da B. SPAMPINATO, *Sull'evoluzione del principio di legalità amministrativa*, in AA. VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, Edizioni

La creazione di crepe nelle pareti del sistema della legalità amministrativa ad opera del diritto di derivazione ultra-statale è accentuata dal crescente avanzamento del, così detto, “diritto amministrativo globale”⁴⁸.

Con tale espressione ci si riferisce al fenomeno del progressivo trasferimento in favore di organismi internazionali, non solo di funzioni relative alla produzione del diritto, ma anche di potestà propriamente amministrative.

In un contesto in cui la globalizzazione⁴⁹ ha modificato tanto il modo di essere della società quanto le dinamiche dei rapporti economici, si assiste anche a livello giuridico ad una rottura delle barriere che fino a pochi anni fa avevano consentito di guardare al diritto amministrativo in una dimensione meramente domestica, per aprirlo ad una prospettiva sovra-statale.

Quest’apertura dell’ordinamento amministrativo ha, però, recato con sé diverse criticità, molte delle quali attinenti specificamente al rispetto del principio di legalità. Infatti, accade di frequente che gli apparati amministrativi delle predette organizzazioni esercitino la propria attività sulla base di regole ulteriori e differenti da quelle contenute all’interno dei Trattati e delle Convenzioni istitutive. Spesso si tratta di norme che vengono recepite dagli ordinamenti giuri-

Scientifiche, 2015, p. 265 ss. L’Autore mette in evidenza come proprio la moltiplicazione delle fonti di produzione del diritto amministrativo e la carenza di democraticità che connota alcune di esse stanno determinando un superamento del valore tradizionale della legalità sostanziale e una sostituzione ad esso di una legalità che assume valore unicamente in quanto capace di assicurare la predeterminazione normativa dell’attività dei pubblici poteri. Quello descritto sembra essere, in altri termini, un processo che conduce all’abbandono della legalità intesa come baluardo e ariete per l’attuazione del principio di democraticità nel diritto amministrativo in favore di una concezione della legalità come mera garanzia della certezza del diritto, secondo una prospettiva propria di una dottrina avversa ad associare al principio in questione un valore democratico, come evidenziato *supra*, § II. Secondo lo stesso Autore questo sarebbe, del resto, un esito coerente con l’impianto proprio sia dell’ordinamento euro-unitario che della Cedu, entrambi estranei al valore della legalità sostanziale e fondati, piuttosto, sulla valorizzazione dei principi della certezza e della prevedibilità del diritto. Su questo ultimo punto cfr., in senso conforme, anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il significato formale dell’ideale del «governo delle leggi» (rule of law)*, cit., p. 42.

48 Una trattazione esaustiva dei fondamenti della “materia” del diritto amministrativo globale è contenuta in S. CASSESE, *Advanced introduction to Global Administrative Law*, Cheltenham, Elgar, 2021.

49 Per alcune osservazioni critiche sui rapporti tra globalizzazione e diritto si rinvia a G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, I, p. 1.

dici degli Stati membri e che, dunque, innescano un meccanismo di doppio condizionamento. Questo perché, da un lato, l'ordinamento amministrativo internazionale si rivela poroso rispetto al diritto nazionale degli Stati membri (quelli con più solide tradizioni di diritto amministrativo), e dall'altro, gli ordinamenti degli Stati membri, in quanto sovente obbligati a dare attuazione alle decisioni assunte nell'ambito del contesto amministrativo globale, subiscono l'applicazione di tali principi, che in molti casi presentano un'accentuata estraneità rispetto ai sistemi e alle tradizioni giuridiche degli Stati stessi⁵⁰.

Nel processo decostruttivo della legalità del quale si stanno in questa sede tracciando brevemente i contorni si inserisce anche il rapporto tra il prin-

50 Per un'analisi approfondita del tema dell'affermazione di un diritto amministrativo globale si rinvia a S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, II, p. 346. L'Autore, dopo aver tracciato un quadro dettagliato di cosa rappresenti il diritto amministrativo globale e quali siano le sue implicazioni, si sofferma sull'attività degli apparati amministrativi che agiscono a livello internazionale e sulle norme di cui essi fanno applicazione. Dall'analisi condotta emerge che il sistema amministrativo globale applica il principio di legalità in un'accezione particolarmente flessibile. L'azione degli organi amministrativi delle organizzazioni internazionali (che interagiscono sempre più intensamente con gli apparati amministrativi degli Stati, spesso condizionandone fortemente l'azione, e che acquistano anche ruoli più rilevanti nei rapporti diretti con i cittadini) non consiste sempre nell'applicazione delle disposizioni delle Convenzioni internazionali dai quali essi hanno avuto origine, né nell'applicazione di norme di diritto scritto comunque riconducibili all'attività normativa delle organizzazioni stesse. Inoltre, le regole sono applicate in modo diverso a seconda degli attori coinvolti, non esiste un preciso ordine gerarchico tra le norme e vi è una sensazione di grande incertezza sulla singola norma regolatrice della fattispecie concreta, ora desumibile dalle norme poste dalla stessa organizzazione, ora recepita dall'ordinamento giuridico nazionale di uno degli Stati coinvolti. È evidente che un sistema giuridico così articolato non sia conciliabile con una concezione della legalità come quella propria della tradizione del nostro sistema amministrativo, né con un'idea di legalità intesa come garanzia della certezza del diritto e come valore atto a consentire ai cittadini la programmazione delle proprie azioni. A ciò si aggiunge il fatto che l'azione di simili istituzioni è sprovvista del carattere della democraticità. Ciò pone il problema della ricerca di soluzioni alternative atte a compensare tale *deficit* e ad assicurarne l'*accountability*. Sul punto, sono interessanti anche le riflessioni svolte da E. CHITI, *Organizzazione europea e organizzazione globale: elementi per una comparazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, II, p. 363, il quale, nel compiere una comparazione tra il sistema amministrativo dell'Unione Europea e quello proprio dello spazio amministrativo globale mette in evidenza come, pur con le dovute differenze, entrambi i sistemi accolgono un principio di legalità in un'accezione ben più estesa di quella che lo caratterizza a livello interno, che si connota per l'attribuzione anche al diritto di fonte giurisprudenziale di una funzione regolatrice dell'attività degli apparati amministrativi. Per avere un autorevole punto di vista francese sulla dottrina della globalizzazione del diritto amministrativo si veda anche J. B. AUBY, *Droit Administratif et Démocratie*, in M. LOMBARD, *Regulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006, p. 15 ss.

cipio in parola e quello dell'efficienza (o funzionalità) dell'azione amministrativa⁵¹.

Quando si discute di efficienza dell'Amministrazione si ragiona intorno ad un valore che rinviene il suo fondamento normativo nell'articolo 97 della Costituzione, laddove la norma enuncia il principio del buon andamento. Discorrere di Amministrazione efficiente significa ragionare intorno ad un'organizzazione capace di raggiungere i propri obiettivi con il minor dispendio possibile di risorse. Ma si tratta anche di un valore saldamente legato all'idea di un'Amministrazione che non si limiti ad attuare meccanicamente il dettato normativo ma miri, contestualmente, a realizzare gli interessi pubblici demandati alla sua cura e a tutelare le posizioni giuridiche dei consociati. Solo in questo modo, infatti, si può ritenere realizzata l'idea di uno Stato che agisce per la piena realizzazione dei diritti dei suoi cittadini. L'efficienza è intesa, però, anche come dotazione alla Pubblica Amministrazione di strumenti sufficientemente flessibili (segnatamente, le norme attributive dei poteri), che le consentano di perseguire la sua *mission*⁵².

Proprio il fondamento costituzionale del principio di buon andamento e, conseguentemente, di quello di efficienza hanno generato interrogativi in relazione ai rapporti di esso con il principio di legalità. Quest'ultimo, come visto più sopra⁵³, presenta un fondamento costituzionale meno evidente. Ci si è chiesti, allora, se il principio del buon andamento sia subordinato a quello della legalità amministrativa o se, invece, in alcuni casi le ragioni dell'efficienza dell'azione amministrativa possano rivelarsi prevalenti e legittimare, pertanto, un'azione pubblica priva di un fondamento normativo.

51 Per un approfondimento sul tema dell'efficienza dell'organizzazione amministrativa si vedano G. M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, e R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza – I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2016.

52 Così R. MARRAMA, *L'Amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, in *Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna, 21-23 settembre 1989, Milano, Giuffrè, 1991, 65 ss.

53 Vedi retro, paragrafo § 2.

Il problema, già argomento di acceso dibattito dottrinale in passato⁵⁴, è tornato a destare l'interesse della comunità scientifica negli ultimi anni, soprattutto a seguito dell'incremento delle attribuzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti. Tali attribuzioni, per il fatto di concretizzarsi spesso in potestà innominate, incontrano i favori di parte della dottrina che ritiene che queste entità, al fine di perseguire gli scopi che la legge ha loro affidato, debbano poter fare affidamento su un apparato normativo sufficientemente flessibile, comprensivo anche di poteri impliciti⁵⁵.

Ne consegue che, laddove i rapporti tra legalità ed efficienza dell'Amministrazione vengano letti in modo antinomico⁵⁶ e si ritenga di accordare prevalenza, a certi fini, a quest'ultimo valore, gli spazi della legalità amministrativa risultano ridimensionati.

54 È doveroso citare, a questo proposito, le riflessioni compiute da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., p. 432 ss. L'Autore si esprime in favore della sovra-ordinazione del principio della legalità rispetto a quello dell'efficienza amministrativa. La dimostrazione della posizione preminente ricoperta dal valore della legalità starebbe nel fatto che le ipotesi in cui è riconosciuto all'Amministrazione un potere indeterminato e, quindi, atipico, sono riconducibili ai casi in cui impellenti ragioni di necessità ed urgenza impongono un'azione immediata e non predeterminabile nei suoi contenuti, finalizzata alla sopravvivenza stessa della comunità. Situazioni che, per la loro eccezionalità, non consentirebbero la realizzazione di un'azione pubblica sorretta dalle ordinarie garanzie. In tutti gli altri casi il potere si configura come legittimo solo se è tipico, in quanto anche il principio del buon andamento (che si rivolge, in primo luogo, al legislatore) soggiace a quello della legalità. La funzione di quest'ultima, intimamente connessa al valore della democrazia, non può essere sacrificata sull'altare dell'efficienza amministrativa e dell'ottimizzazione del rapporto costi – benefici. Nella prospettiva dell'Autore non c'è alcuno spazio, quindi, per una concezione della strumentalità del potere rispetto allo scopo che si spinga al di là dei confini segnati dalla norma attributiva. Considerazioni diametralmente opposte sono svolte, invece, da F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa* cit., p. 165 ss. il quale accorda un maggior valore all'efficienza dell'azione amministrativa e considera deleteria l'eccessiva predeterminazione normativa dell'attività dei soggetti pubblici. L'Autore, in particolare, si esprime nel senso della necessità di un superamento del principio di legalità con quello della costituzionalità dell'azione amministrativa, in base al quale l'azione della Pubblica Amministrazione dovrebbe essere retta, per la maggior parte, unicamente da principi generali di derivazione costituzionale. Ciò, da un lato, consentirebbe di preservare una sfera di discrezionalità sufficientemente ampia e, dall'altro e per conseguenza, assicurerebbe anche l'attuazione di un'azione amministrativa rapida ed efficiente.

55 Sul punto si rinvia, per maggiori approfondimenti, a *infra* § 4.

56 Di contrario avviso è F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'Amministrazione*, in *Foro Amministrativo*, 1997, p. 3309, il quale ritiene, invece, che quelli di legalità e di efficienza dell'azione amministrativa siano due principi complementari, tanto che le inefficienze della Pubblica Amministrazione deriverebbero nella maggior parte dei casi da violazioni di legge.

Da ultimo, un ulteriore fenomeno che sta contribuendo a scalfire la coerenza della legalità amministrativa e della tipicità dei poteri esercitati dalle Pubbliche Amministrazioni è quello della crescente tecnicizzazione dell'attività di regolazione, che si accompagna ad una ridefinizione degli spazi propri della tecnica e della politica.

In una società che si fa giorno dopo giorno più complessa e in cui il ruolo di una tecnologia che si evolve senza un attimo di tregua è sempre più determinante nelle relazioni sociali si assiste, infatti, ad un'ingerenza via via maggiore delle regole della tecnica nella normazione giuridica.

Quello tra tecnica e diritto non è un connubio nato oggi⁵⁷. Da tempo il diritto si serve delle scienze tecniche per avere una maggiore aderenza alla realtà sociale e per introdurre una normativa capace di tenere il passo delle trasformazioni socioeconomiche (questo è dimostrato, innanzitutto, dai numerosi soggetti dotati di competenze tecniche con i quali gli organi rappresentativi si interfacciano durante il procedimento volto all'emanazione dell'atto normativo)⁵⁸.

Tuttavia, mai come in questo momento sembra che i rapporti di peso tra i due termini stiano conoscendo una riconfigurazione, in un crescente appesantimento del piatto della bilancia sul quale poggia la scienza tecnica.

Il ricorso sempre più frequente alle nozioni della tecnica a livello regolatorio si presenta, peraltro, come logico derivato della situazione sempre più critica nella quale versa attualmente la legge Parlamentare, come si è avuto modo di evidenziare più sopra.

E negli anni più recenti l'intensità del ricorso alle soluzioni tecniche ha raggiunto livelli tali che in alcuni casi si è parlato di «fuga dal diritto politico

57 Si veda a tal proposito, per esempio, l'interessante saggio di A.D. ZIMMERMAN, *Toward a More Democratic Ethic of Technological Governance*, in *Science, Technology, & Human Values*, n. XX, 1995, I, p. 86.

58 Sul punto di rinvia a E. D'ORLANDO, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, in *DPCE online*, numero speciale, pp. 361 -363.

*tout courts*⁵⁹, per sottolineare un passaggio ulteriore nel processo di allontanamento dell'attività normativa rispetto a qualsivoglia pretesa di democraticità⁶⁰.

Tanti i fattori che sembrano quindi minacciare il perdurante ruolo della legalità come caposaldo del diritto amministrativo e suggerire l'esigenza di una definitiva trasformazione di questa scienza giuridica.

Questi agenti non vanno, però, intesi come slegati gli uni dagli altri. Al contrario, si tratta di tendenze che si legano reciprocamente e che esprimono sinergicamente un cambiamento di approccio rispetto al diritto in generale e, più segnatamente, a quello amministrativo. Sono testimoni di una trasformazione in atto.

Tutti gli elementi di de-composizione passati in rassegna nelle pagine che precedono, peraltro, rivelano un dato comune la cui eccentricità è solo apparente.

Essi sembrano giungere ad una sintesi e convergere allorché si rivolga lo sguardo all'ordinamento delle Autorità Indipendenti e, in particolare, alle funzioni normative che in molti casi la legge loro demanda.

4. I poteri di normazione delle Autorità Indipendenti. Un ulteriore fattore di spinta verso il superamento della legalità tradizionale nel diritto amministrativo?

59 L'espressione è di ID., *Politica e tecnica* cit., p. 350. L'Autrice affronta proprio il rapporto, spesso, problematico tra il diritto politico e la tecnica, quest'ultima intesa in un'accezione molto vicina a quella di Scienza. Più in particolare, vengono individuate tre diverse tipologie di rapporti tra il diritto politico e la tecnica. Nel primo, quest'ultima svolge una funzione servente rispetto al primo, garantendone una migliore precisione ed aderenza alla complessità della realtà; nel secondo, si assiste ad un arretramento della politica, che riserva alla normazione tecnica alcuni spazi in precedenza occupati da esso; nel terzo, si realizza una situazione in cui la tecnica svolge una funzione concorrente rispetto a quella della politica, spesso sostituendosi ad essa. L'Autrice evidenzia che un assetto dei rapporti riconducibile al terzo tipo si è verificato nel contesto dell'emergenza pandemica, caratterizzato dall'adozione di misure fortemente limitative delle libertà costituzionali dei cittadini il cui contenuto era pressoché riproduttivo dei pareri rilasciati dai consulenti scientifici.

60 Sul problema dello scardinamento del sistema delle fonti e delle problematiche che esso genera anche in relazione al rispetto del principio democratico si rinvia a B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto amm.*, 2015, II, p. 388.

Le Autorità Amministrative Indipendenti sono enti complessi, *sui generis*, difficilmente riconducibili ad una figura o modello unitario⁶¹, inseriti nell'ordinamento italiano attraverso un'opera di problematico incastro.

Le *Authorities*, infatti, sono soggetti giuridici nati negli Stati Uniti, dove hanno preso il nome di *Independent Regulatory Agencies*⁶², affidatarie del compito di assoggettare a regolazione alcuni settori dell'ordinamento ritenuti strategici sotto il profilo economico e sociale. Si è trattato, quindi, di un assoggettamento di questi comparti al controllo regolatorio dello Stato.

Nell'esperienza europea, invece, le Autorità Indipendenti, oltre ad aver fatto la loro comparsa più di recente rispetto a quanto avvenuto negli Stati Uniti, hanno assunto le vesti di paladine della liberalizzazione dei mercati e della tutela dei diritti della persona coinvolti in alcuni settori ritenuti particolarmente sensibili. Chiavi per la sottrazione dei mercati e di alcuni settori economico sociali alle ingerenze delle classi politiche⁶³, hanno conosciuto negli ultimi

61 Su questo punto insiste con particolare fervore G. AMATO, *Autorità semi – indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, III, p. 645, il quale rimprovera alla dottrina dell'epoca di rendersi colpevole di semplificazioni eccessive, che conducevano ad un obnubilamento degli elementi distintivi delle singole entità giuridiche considerate.

62 Per una lettura dedicata all'introduzione del modello delle *Agencies* nell'ordinamento statunitense si rimanda a A. SCALIA, *Le Independent Regulatory Agencies nell'ordinamento statunitense*, in *Rass. Giur. ENEL*, 1996, p. 316 ss. Sul punto si vedano anche le interessanti considerazioni svolte da G. AMATO, *Autorità semi – indipendenti ed autorità di garanzia* cit., p. 650 ss., il quale compie una ricostruzione parallela della storia del sistema amministrativo dei paesi di *common law* (segnatamente, Stati Uniti e Regno Unito) e di quelli dell'Europa continentale. All'interno del contributo viene evidenziata la differente funzione che le *Authorities* sono state chiamate ad assumere nei sistemi di *common law*, nei quali esse sono state introdotte al fine di assoggettare ad una forma di controllo pubblico attività economiche e contesti sociali fino a quel momento abbandonati all'iniziativa dei soggetti privati (stante la mancanza all'interno di questi sistemi di un vero apparato amministrativo assimilabile a quello conosciuto dagli Stati europei). In Europa, al contrario, la comparsa delle Autorità Indipendenti si è registrata a seguito dell'affermazione dei principi di matrice euro – unitaria relativi alla concorrenza ed all'integrazione dei mercati. Pertanto, mentre nel caso degli ordinamenti degli USA e del Regno Unito tali Autorità hanno rappresentato un primo passo verso l'introduzione di istituti propri di un diritto amministrativo di matrice europea, caratterizzati dall'intervento dei soggetti pubblici per la gestione di interessi ritenuti rilevanti per l'intera comunità, nel caso degli ordinamenti europei di *civil law* (caratterizzati da una vera tradizione di diritto amministrativo) la comparsa delle *Authorities* ha significato un arretramento del pubblico in settori che si è deciso di riservare al confronto competitivo dei privati.

63 Cfr., su questo punto, F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice – La potestà normativa delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2020.

vent'anni una grande diffusione anche nell'ordinamento italiano. L'introduzione di queste destabilizzanti entità giuridiche ha generato un intenso dibattito dottrinale, vertente, tra gli altri profili, sul problema della compatibilità di un tale modello con il principio della separazione dei poteri, fondamento massimo dello Stato di diritto⁶⁴. Il dubbio è nato dal fatto che le Autorità in questione sono generalmente dotate di un ventaglio di poteri ed attribuzioni che includono tanto potestà di regolazione a carattere propriamente normativo, quanto poteri di tipo più propriamente amministrativo. A queste attribuzioni se ne aggiungo, talvolta, altre riconducibili ad una funzione quasi – giustiziale⁶⁵.

Ciò che più interessa ai fini di questo lavoro è, tuttavia, la concreta configurazione del potere normativo che la legge attribuisce non di rado alle Autorità Indipendenti. Un potere che manifesta un problematico modo di rapportarsi al principio di legalità sostanziale.

Va detto, in primo luogo, che quando la legge fa riferimento ai poteri regolamentari non sembrano esserci più dubbi sul fatto che si tratti di vere e proprie attribuzioni normative e non di potestà amministrative, a seguito di alcune rilevanti pronunce del Consiglio di Stato⁶⁶. Anche nel 2016⁶⁷ il massimo organo di giustizia amministrativa, pur evitando di dare una risposta definitiva al quesito inerente proprio alla natura delle prerogative riconosciute a queste entità e riconducendole all'ambigua categoria della “regolazione”, ha implicitamente rivelato una precisa presa di posizione. Infatti, nell'attribuire a questi atti i carat-

64 Per un maggiore approfondimento sul punto, si veda ID, *Il modello molteplice – La potestà normativa delle Autorità Amministrative Indipendenti* cit., p. 20.

65 Sul punto si vedano le considerazioni di V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'Amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, I, p. 62 ss.

66 Tra le tante, si veda Cons. Stato, Sez. Consult., atti normativi, 14 febbraio 2005, n. 11603/04, parere reso sullo schema di d.lgs. del Codice delle assicurazioni, consultabile all'indirizzo: <https://www.astrid-online.it/amministrazione-pubblica/qualit--de/materiali/qualit--de/giurisprud/4124F349-A11B-4912-A876-64024E503913.html>.

67 Si tratta del Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 1 aprile 2016, n. 855, in *federalismi.it*, VIII, del 20.04.2016; del medesimo tenore anche il parere Consiglio di Stato, Sez. I, Adunanza di Sezione del 4 marzo 2020, parere n. 615 del 24 marzo 2020.

teri della generalità, dell'astrattezza e dell'innovatività dell'ordinamento giuridico, ha finito per inquadrarli nella categoria delle fonti secondarie del diritto.

Tanto premesso, un inquadramento omogeneo ed unitario di questi poteri è pressoché impossibile, stante la profonda eterogeneità che caratterizza il loro insieme. Si tenterà, pertanto, in questa sede un breve inquadramento sistematico che tenga conto delle peculiarità di ciascuno e che ne metta in risalto i punti di maggiore criticità⁶⁸.

Occorre mettere in evidenza, primariamente, il fatto che la concreta conformazione dei poteri normativi esercitati *de iure* e *de facto* dalle *Authorities* è intimamente connesso e dipende dalla specifica *mission* che l'ordinamento attribuisce loro: quella di introdurre una regolazione capace di stare al passo con i tempi in settori fortemente tecnici che coinvolgono interessi di particolare sensibilità. Proprio il perseguimento di un obiettivo di questa portata implica una certa flessibilità nell'esercizio del potere di regolazione, una malleabilità che consenta risposte rapide e soddisfacenti alle richieste della realtà economico-sociale.

Nel tracciare una siffatta panoramica dei poteri normativi delle Autorità Indipendenti, sembra opportuno prendere le mosse dalle potestà propriamente regolamentari che le leggi istitutive o regolative attribuiscono a molte di esse.

Tali potestà conferiscono alle *Authorities* il potere di intervenire direttamente sul settore assoggettato alla loro vigilanza, mediante l'introduzione di atti suscettibili di innovare il diritto vigente, talvolta con funzione meramente integrativa e specificativa di quanto già affermato a monte dalla legge, talvolta con funzione sostitutiva o, comunque, concorrente rispetto a quella della legge medesima⁶⁹.

68 Il carattere estremamente variegato delle attribuzioni normative delle quali beneficiano le Autorità Amministrative Indipendenti è sapientemente messo in luce da M. A. CABIDDU – D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, I – II, p. 13 ss.

69 Cfr., G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della repubblica, tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 229 ss., il quale evidenzia che in alcuni casi i regolamenti delle Autorità si pongono in una posizione di vera e propria indipendenza rispetto

L'attribuzione espressa di un potere regolamentare è avvenuta, per esempio, con riferimento alle Autorità operanti nel settore della vigilanza bancaria, finanziaria o assicurativa⁷⁰.

Accanto alle ipotesi in cui è la stessa legge attributiva a configurare quello delle Autorità Indipendenti come potere normativo di natura regolamentare, ve ne sono altre in cui, sebbene non vi sia una qualificazione espressa in questi termini, è comunque possibile riscontrare sotto un profilo sostanziale il carattere normativo del potere attribuito.

Il dato comune che lega queste ipotesi è rappresentato dall'assoluta genericità del potere assegnato. Le funzioni regolamentari sono affidate attraverso il conferimento al soggetto indipendente dell'incarico di perseguire generiche finalità, senza che sia in alcun modo delimitato il contenuto del potere o il suo oggetto. Il potere regolamentare, in altri termini, è svincolato da qualsiasi tipo di vincolo o di limite rintracciabile nella norma che lo legittima e si pone come libero. Infatti, anche quando la legge gli conferisce una funzione di attuazione o di specificazione dell'atto normativo, il potere regolamentare si rivela quasi interamente slegato da quest'ultimo. Questo perché una legge realmente attributiva di quei poteri, a monte e sotto un profilo sostanziale, manca del tutto.

È per le ragioni sopra esposte che in letteratura sono state utilizzate le espressioni «rinvii in bianco e prognosi incerte», per alludere all'ampiezza dei margini di manovra riservati all'affidatario del potere⁷¹.

In questo modo, si verifica nella sostanza un arretramento della legge, che invita le Autorità a riempire gli spazi da essa volutamente lasciati vuoti. La conseguenza è il riconoscimento alla potestà regolamentare delle *Authorities* di «una forza di fatto primaria»⁷². A questo riguardo si è parlato, infatti, dell'opportunità di configurare i rapporti tra la legge e l'atto normativo adotta-

alla legge, inserendosi in una situazione di vuoto normativo.

70 Cfr., F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, I, p. 977.

71 L'espressione è di M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2018, II, p. 177.

to dall'*Authority* non tanto in termini di gerarchia (posto che è difficile discutere di una vera subordinazione dell'atto regolamentare ad una legge che, di fatto, esprime unicamente la volontà dell'organo legislativo di abbandonare il campo), quanto di competenza⁷³.

C'è, in questo scenario, un evidente conflitto con i caratteri propri della legalità sostanziale dell'attività amministrativa⁷⁴. L'assenza di una norma che, oltre ad attribuire formalmente una potestà normativa ad un soggetto amministrativo, provveda anche a definire i contenuti del potere assegnato, comporta una negazione dei valori garantistici e democratici che si pongono alla base dell'esercizio potere pubblico in uno Stato di diritto che si fonda sulla sovranità popolare⁷⁵.

A proposito di tali poteri normativi, si è fatto riferimento alla categoria dei, così detti, "poteri impliciti", che sottolinea come l'assenza di un'adeguata predeterminazione legale rende il potere pubblico concretamente esercitato im-

72 Questa l'espressione utilizzata da S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, III, p. 1793. L'Autore riporta anche alcune osservazioni della Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati nell'ambito di un'indagine conoscitiva del 2000 avente ad oggetto proprio le Autorità Indipendenti, nella quale si evidenzia che l'estrema genericità delle norme attributive dei poteri avvicina i poteri regolamentari delle Autorità Indipendenti alla categoria dei regolamenti indipendenti.

73 Sul punto, si rimanda a M. E. BUCALO, *Autorità Indipendenti e soft law – forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 86.

74 Alcuni Autori, tuttavia, ritengono che un obbligo di rispetto del principio di legalità in senso rigido si ponga soltanto nel caso dei poteri provvedimentali, non anche nel caso di quelli regolamentari. Così G. MORBIDELLI, *I poteri normativi delle autorità indipendenti (profili problematici e spunti tratti dalla giurisprudenza statunitense)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2010, I, p. 89, il quale sostiene che, in relazione ai poteri regolamentari, il rispetto del principio di legalità può essere assicurato mediante il ricorso ad una serie di strumenti di limitazione della discrezionalità del soggetto titolare del potere medesimo. Al contrario, meccanismi compensativi di questo genere non sarebbero ammissibili in relazione al potere provvedimentale.

75 Si veda, sul punto, la ricostruzione del dibattito dottrinale sulla potestà normativa delle Autorità Indipendenti effettuata da R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos – le attualità nel diritto*, 2017, I, p. 4 ss. L'Autore dà conto dell'esistenza di un orientamento dottrinale particolarmente critico in rapporto alle funzioni normative attribuite a queste Autorità, che, lungi dal rappresentare la chiave per la realizzazione di un sistema amministrativo maggiormente aderente ai valori della democraticità, disporrebbero di un potere discrezionale pressoché illimitato e incompatibile con i principi della rappresentanza democratica e della legalità.

plicito, in quanto la sua concreta consistenza sarà “svelata” direttamente dall'Amministrazione titolare di esso⁷⁶.

In alcuni casi, peraltro, tali poteri assumono un'ampiezza tale da tradursi nella auto-attribuzione da parte delle Autorità Indipendenti di prerogative che esulano completamente dalle previsioni normative⁷⁷.

In queste ipotesi, la frattura del principio di legalità è ancora più fragorosa. Infatti, non ci si trova semplicemente dinanzi a poteri non compiutamente definiti dal legislatore all'interno della norma attributiva, ma a potestà che non sono nemmeno provviste di una base legale, la cui sussistenza viene desunta da un presunto nesso di strumentalità necessaria rispetto all'espletamento delle funzioni assegnate agli enti⁷⁸.

76 In molte occasioni la stessa giurisprudenza amministrativa si è pronunciata in senso favorevole alla compatibilità dei poteri impliciti con i valori dell'ordinamento. Da ultimo, si veda la sentenza della Sezione VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2021, II, p. 353, nella quale il supremo organo di giustizia amministrativa ha espressamente affermato che «la giurisprudenza amministrativa ritiene che il suddetto principio di legalità possa subire adattamenti nella fase applicativa, riconoscendo l'ammissibilità della categoria dei poteri impliciti». I giudici amministrativi hanno, infatti, da tempo mostrato un approccio particolarmente flessibile al principio di legalità nei casi in cui si abbia a che fare con un potere di regolazione proprio di un'Autorità Indipendente, ritenendo che in questi casi le deviazioni dai canoni della tipicità e della nominatività siano giustificate dalla necessità di disciplinare un settore in continua trasformazione.

77 Un caso emblematico, a questo riguardo, è stato quello della lettura da parte della giurisprudenza amministrativa dei poteri della vecchia Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, fondata su una lettura particolarmente estensiva dei poteri ad essa attribuiti dalla sua legge istitutiva, la n.481 del 1995. Nella nota sentenza n. 2987 del 29 maggio 2002, la Sezione VI del Consiglio di Stato ha rivelato una concezione particolarmente malleabile dei limiti dei poteri conferiti alle autorità di regolazione. In quell'occasione, infatti, il massimo organo di giustizia amministrativa aveva affermato che la giustificazione del potere normativo dell'Autorità, pur non trovando diretto riscontro nelle norme di legge, dovesse trarsi dalla generale funzione di “regolazione e controllo” ad essa attribuita in relazione al suo settore di competenza. Sul punto, si rimanda alle considerazioni critiche svolte da S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, III, p. 1785 ss.

78 Secondo M. CUNIBERTI, *Autorità Indipendenti e libertà costituzionali*, in *Amministrare*, 2000, I – II, p., il ricorso alla dottrina dei poteri impliciti trova spiegazione alla luce della dignità costituzionale degli interessi che le Autorità sarebbero chiamate a gestire. Il valore costituzionale dei valori coinvolti nei settori di competenza di questi soggetti giuridici darebbe una giustificazione all'ampliamento delle prerogative attribuite in modo espresso dalla legge. In altri termini, sarebbe la *mission* stessa affidata a tali organismi e la sua rilevanza di livello costituzionale a rendere lecito uno sconfinamento dalle potestà attribuite dalla legge e conferenti con la funzione da essa assegnata.

La dottrina dei poteri impliciti, originariamente estranea ad un sistema ordinamentale che, come quello italiano, si fonda sul primato della legge e sulla predeterminazione per via normativa del potere pubblico, è germogliata all'interno di sistemi giuridici meno affezionati al valore della legalità. È quanto si è verificato, per l'appunto, all'interno degli ordinamenti statunitense e comunitario. Il primo si è distinto per l'elaborazione della teoria degli *implied powers* già nel 1819, data dell'emanazione della celebre Sentenza Marshall da parte della Corte Suprema⁷⁹; il secondo per l'inserimento all'interno dell'articolo 308 del Trattato istitutivo della Comunità Europea di una previsione dal seguente tenore letterale: «Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso»

Nonostante l'eterogeneità tra il sistema giuridico italiano e quelli in cui in origine essa aveva visto la luce, la teoria dei poteri impliciti è alla fine penetrata anche all'interno dell'ordinamento nazionale ed è stata ampiamente utilizzata per giustificare l'ampiezza delle prerogative delle quali le Autorità Amministrative Indipendenti fanno esercizio, pur non essendone investite dalla legge⁸⁰.

Si è finito, in questo modo, per legittimare un fenomeno di sostanziale “creazione” del potere direttamente da parte delle Autorità che ne sono titolari. Potendo esse muoversi tra le larghe maglie della legge attributiva, hanno finito per delineare da sé i contorni dei poteri e degli atti che avrebbero esercitato.

⁷⁹ Teoria che rinvia le sue fondamenta nella così detta *implied powers clause* all'interno dell'articolo 1, sezione VIII della Costituzione degli Stati Uniti.

⁸⁰ Si esprime in toni aspramente critici sulla configurabilità di poteri impliciti nell'ordinamento nazionale N. BASSI, *Principio di legalità* cit., pp. 420 ss., il quale, nell'inquadrare l'esigenza del ricorso alla dogmatica dei poteri impliciti in una visione del potere pubblico basato sulla prevalenza delle ragioni dell'efficienza su quelle della garanzia, evidenzia come la storia giuridica dell'ordinamento italiano deponga chiaramente in favore del riconoscimento di una posizione preminente, nell'ambito di questa dialettica, proprio alle ragioni della garanzia. Non vi sarebbe spazio, pertanto, se non in rare ipotesi (dotate comunque di una loro giustificazione coerente con l'impianto ordinamentale) per poteri innominati.

Questo è quanto è accaduto, per esempio, nel caso della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, che nel corso degli anni si è resa protagonista di un'attività di autentica forgiatura di strumenti nuovi e innominati, attraverso i quali ha potuto concretamente definire le generiche prerogative di cui era stata resa affidataria⁸¹.

Una torsione del principio di legalità, dunque. Una deviazione dai suoi schemi ordinari dettata dalla necessità di garantire una gestione efficiente del settore demandato alla cura del soggetto indipendente.

Nel quadro così sinteticamente delineato, si inseriscono altre fattispecie che, pur non inquadrabili nella categoria dei poteri normativi *tout court*, ciò non di meno dimostrano di fiaccare il principio di legalità così come tradizionalmente recepito dall'ordinamento. È il caso degli atti di regolazione flessibile, o, per utilizzare un'espressione diffusa ma non unanimemente accolta, di *soft law*.

Il diritto flessibile, la cui riconduzione nell'ambito della gerarchia delle fonti del diritto è generalmente esclusa dalla letteratura contemporanea⁸², consiste in una categoria aperta di atti che, sebbene sprovvisti di un vero e proprio effetto innovativo dell'ordinamento giuridico, ciò non di meno si rivelano in grado di esercitare sui soggetti destinatari un potente effetto persuasivo. Si par-

81 La questione è esposta chiaramente da M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali* cit., pp. 92 – 93, il quale mette in evidenza come il carattere particolarmente scarno delle previsioni normative di cui alla legge n. 146 del 1990 abbia aperto la strada alla possibilità per l'Autorità stessa di dotarsi di strumenti e di poteri non previsti dalla legge. Anzi, l'Autore sostiene addirittura che, stante la concreta conformazione data ai propri poteri, si sia verificata in alcuni casi una diretta attuazione di valori costituzionali, anche «al di fuori di funzioni tipizzate e precostituite». Sul punto si veda anche M. E. BUCALO, *Autorità Indipendenti e soft law – forme, contenuti, limiti e tutele* cit., p. 193, che fa riferimento alla creazione di strumenti inediti ad opera della Commissione nella gestione delle procedure volte a favorire la conclusione di un accordo tra le parti; nonché P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità* Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 169 – 170, il quale manifesta delle perplessità in ordine all'ampiezza del potere attribuito all'Agcm dall'art. 14-ter della l. 287 del 1990 nell'ambito della procedura negoziata che questo soggetto può condurre con le imprese responsabili della violazione della normativa antitrust. L'Autore ritiene che l'accettazione da parte dell'impresa per via negoziale di impegni esorbitanti rispetto all'illecito commesso e alle finalità dell'istituto della negoziazione possa tradursi nell'appropriazione di prerogative, non solo non previste dalla legge, ma anche esorbitanti rispetto alla funzione attribuita all'Autorità.

82 Cfr., sul punto, B. CELATI, *Soft law nella regolazione dei mercati finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, II, p. 320.

la, a questo proposito, di una funzione di *moral suasion*, ovvero della capacità di questi atti di imporsi ai destinatari non già in virtù di una forza vincolante (della quale sono sprovvisti), ma in ragione della forza promanante dall'autorevolezza del soggetto che li adotta, generalmente un'Autorità Indipendente.

La *soft law* risponde alle stesse logiche dei poteri effettivamente normativi delle Autorità: quella di predisporre un impianto normativo agile e flessibile che consenta a tali soggetti di compiere la propria missione nel modo più efficace possibile. Nel farlo, tuttavia, pone problemi per certi versi ancor più insidiosi di quelli che connotano gli atti dotati di efficacia vincolante, in quanto assistita da garanzie sotto alcuni aspetti più deboli per gli amministrati, soprattutto durante i processi di elaborazione⁸³.

Un ulteriore ultimo tassello si inserisce nel mosaico che si è voluto comporre in queste pagine.

Questa componente si lega più specificamente ai poteri di risoluzione delle controversie dei quali spesso sono fornite le Autorità Indipendenti⁸⁴. Si tratta di funzioni di gestione e risoluzione delle controversie che dovrebbero garantire, insieme all'esercizio di un maggiore controllo dell'Autorità sul settore di riferimento, anche una benefica funzione di deflazione del contenzioso.

L'elemento di criticità risiede in ciò. Tale funzione è spesso intesa come complementare a quella più propriamente regolativa attribuita alle stesse Autorità. La conseguenza di una siffatta concezione è che le decisioni assunte all'esi-

83 A questo riguardo si rinvia alle considerazioni di F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive* cit., p. 980, il quale sottolinea come le procedure che dovrebbero in parte compensare il *deficit* di legalità sostanziale siano spesso sprovviste di un adeguato carattere garantistico. Sono parimenti interessanti le riflessioni di M. E. BUCALO, *Autorità Indipendenti e soft law – forme, contenuti, limiti e tutele* cit., p. 179, la quale, nel ragionare sul funzionamento del potere normativo e para-normativo delle Autorità Indipendenti e sull'affinità di tale impianto con le teorie inerenti alla creazione di un sistema di diritto autopoietico, mette in luce anche le insidie che si possono celare dietro una simile soluzione. Insidie legate, per lo più, ai differenti livelli di forza esistenti tra gli attori del mercato, che possono facilmente consentire ai titolari di posizioni più strutturate di far prevalere la loro volontà su quella dei più deboli.

84 Questo è, per esempio, il caso dell'ARERA (Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente), la quale è dotata di una funzione di risoluzione delle controversie dal d.lgs. n. 93 del 2011, art. 44.

to di queste procedure para – giurisdizionali sono suscettibili di esplicitare i loro effetti nei confronti della totalità degli operatori presenti nel mercato e non solo tra le parti coinvolte. Si realizza un effetto espansivo dell'ambito di efficacia della pronuncia adottata, che in questo modo integra la funzione autenticamente regolatoria. Si è parlato, a questo proposito, di «*regulation by litigation*»⁸⁵.

Tanto i poteri normativi, quanto quelli di regolazione flessibile e quelli di risoluzione delle controversie creano quindi un profondo iato nel lineare sistema della legalità amministrativa, basato sulla immediata derivazione del potere dalla legge, pur senza la negazione al soggetto pubblico di più o meno ampi margini di discrezionalità.

È il caso, tuttavia, di sottolineare che, sebbene le deviazioni rispetto agli schemi della tradizione siano accentuate, ad esse non si è accompagnato un freddo abbandono del valore della legalità. Al contrario, il mantenimento di questo principio è stato assicurato (o, quanto meno, si è tentato di farlo) per altre vie.

Ormai da tempo, infatti, tra le righe delle pronunce della giurisprudenza amministrativa intervenuta sull'argomento risuona l'eco della «legalità procedurale». Sembra quasi che si invochi la scoperta di una sorta di antidoto, capace di porre un freno ai malesseri causati dalla caduta della legalità sostanziale a monte, quest'ultima dovuta all'assenza di una norma di legge capace di circoscrivere le modalità di esercizio del potere⁸⁶. Si tratterebbe di una soluzione consistente nell'assicurare la partecipazione dei soggetti interessati dall'emanazione

⁸⁵ Sul punto si vedano le riflessioni svolte da M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze* cit., p. 176.

⁸⁶ A questo proposito si veda, per esempio, Consiglio di Stato, Sezione VI, 11/04/2006, n. 2007, in *Foro amm. CDS*, XI 2006, p. 3142, così massimata: «Ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della p.a. diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (artt. 3 e 13, l. n. 241 del 1990); infatti, l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 cost., è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative».

dell'atto regolatorio (segnatamente, i membri delle categorie appartenenti al settore regolato) alle procedure che precedono l'emanazione di quest'ultimo, garantendo loro il confronto dialettico con l'Autorità. In questo modo, si dovrebbe assicurare la democraticità dell'attività posta in essere dal soggetto regolatore, pur nell'anomalia della norma attributiva del potere⁸⁷.

Accanto a quello della partecipazione ai procedimenti, altri istituti, come la motivazione degli atti, i vincoli rappresentati dai principi di ragionevolezza e proporzionalità e il carattere eminentemente tecnico e non politico degli atti adottati dovrebbero garantire la salvaguardia del principio di legalità e dei valori che esso reca con sé⁸⁸.

Se l'effettività di questi strumenti di compensazione ha destato e desta tutt'ora non poche perplessità in ordine alla sua effettiva capacità di compensare l'assenza di una base legale dei poteri normativi esercitati dalle Autorità Indipendenti⁸⁹ e getta ombre sulla reale natura delle funzioni da esse esercitate (funzioni meramente tecniche o funzioni politiche di composizione di interessi?), essi hanno avuto, quanto meno, il pregio di rimarcare l'esistenza di un qualche tipo di affezione dell'ordinamento per la legalità, anche in quei contesti in cui la sua sopravvivenza sembra maggiormente minacciata.

87 Il valore compensativo della partecipazione procedimentale in chiave democratica è stato mutuato dall'ordinamento statunitense che, in quanto primo ad aver fatto ricorso alla figura delle *Authorities*, ha anche previsto degli strumenti per favorirne l'*accountability* all'interno del sistema istituzionale. Come peraltro ricordato da G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2012, I, p. 7, una delle prime preoccupazioni dell'ordinamento statunitense fu quella di affrontare il problema dello *standing*, ovvero di evitare che nell'ambito di queste procedure i soggetti più forti economicamente e meglio strutturati potessero agevolmente far prevalere i propri interessi su quelli delle parti più deboli.

88 Sul punto si rinvia nuovamente a F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive* cit., p. 970 ss.

89 Per una critica lucida e ragionata sulle ragioni che non consentono di guardare agli istituti partecipativi come a strumenti davvero in grado di compensare la funzione democratica assoluta dal ricorso alla legge Parlamentare e ai valori rappresentativi che essa incarna, si rimanda a G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria* cit., p. 6 ss. In senso parimenti critico si veda M. CONDORELLI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti come strumento di democrazia partecipativa: mito o realtà?*, in *Jus-online*, 2020, II, pp. 92 ss.

5. Quale ruolo per la legalità nell'ordinamento amministrativo di domani?

Il ruolo della legalità nel diritto amministrativo sembra aver intrapreso da tempo un percorso di trasformazione. Sembra, anzi, che sia lo stesso diritto amministrativo ad aver mutato i suoi caratteri, oramai sempre più distante dalla materia conosciuta e costruita dai suoi moderni padri.

Quanto da ultimo affermato non deve, però, sorprendere, né allarmare. Sarebbe illusorio (nonché controproducente) pensare che una scienza giuridica possa raggiungere un grado di evoluzione tale da consentirle di vivere in uno stato di perenne immobilismo e di restare, da lì in poi, sempre uguale a sé stessa. In quanto scienza che vive nella società e ne interpreta i bisogni, essa è obbligata ad aggiornare i propri sistemi e i propri elementi strutturali quando le più rilevanti trasformazioni della vita di comunità lo rendano necessario. D'altronde, lo stesso sentiero che dal contesto post – costituzionale ci conduce ai giorni nostri ci mostra la storia di un diritto amministrativo che non è mai stato uguale a sé stesso, che si è continuamente rinnovato con l'acquisizione di nuovi principi e nuovi valori, anche e soprattutto dopo l'entrata in vigore della Costituzione⁹⁰. Questi valori, sebbene spesso rintracciati all'interno dell'ordito costituzionale, in molti casi sono emersi solo a seguito di una raffinata attività di interpretazione della giurisprudenza, capace di intuirne l'attualità e la necessità di fronte alle sfide imposte dalla contemporaneità⁹¹.

Resta da chiedersi, alla luce di quanto premesso, quale funzione può essere riconosciuta alla legalità nel diritto amministrativo che verrà. Un diritto che non sembra aver interrotto il suo percorso metamorfico.

⁹⁰ Si pensi, su tutte, alle più recenti riletture che hanno garantito una nuova valorizzazione dei principi dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica Amministrazione.

⁹¹ Si rimanda, a questo proposito, alle considerazioni svolte da F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Diritto amm.*, 2020, II, pp. 329 ss., il quale evidenzia come tutti i principi generali dell'attività amministrativa dotati di dignità costituzionale (ad eccezione di quello di legalità) siano stati volutamente consacrati dai costituenti mediante l'utilizzo di formule aperte. Ciò sarebbe stato funzionale a consentir loro di evolversi ed adattarsi alla realtà sociale e di realizzare, così, la propria «pretesa di validità».

La riflessione non può che partire dalla consapevolezza del fatto che la legalità non ha un valore di per sé, ma solo in quanto strumento capace di esprimere e di dare effettività ad altre fondamentali garanzie dell'ordinamento. Come si è avuto modo di evidenziare in precedenza⁹², il suo significato si interseca nell'ordinamento italiano con quelli della democraticità, della certezza del diritto e della raffrontabilità del potere. Da ciò discende che, costituendo questi ultimi i valori fondativi di un sistema giuridico che si fonda sullo Stato di diritto e sulla supremazia della volontà popolare, che qualsiasi “torsione” o “evoluzione” della legalità in tanto potrà ritenersi legittima, in quanto non si traduca in una negazione di tali concetti. Laddove ciò si verificasse, non sarebbe più corretto discorrere di evoluzione del diritto amministrativo. Si tratterebbe, invero, di un collasso del sistema amministrativo - costituzionale nel suo complesso.

Ben vengano, pertanto, nuove forme e strumenti della regolazione che riescano a dar voce in modo più efficace alle sempre più numerose istanze che emergono dal tessuto sociale. Tutto ciò a patto che i nuovi strumenti siano capaci di assicurare la legalità dell'azione amministrativa e si rivelino realmente idonei a realizzare la salvaguardia dei valori che si pongono alla base di quest'ultima.

Proprio con riferimento alla condizione testé richiamata, si è avuto modo di appurare in precedenza che molti dei fattori di destrutturazione della legalità amministrativa non assicurano ancora adeguate garanzie⁹³. Più che all'introduzione di nuove forme di manifestazione della legalità amministrativa, sembra di assistere ad un tentativo di superamento di quest'ultima, come si trattasse di un istituto ormai da accantonare.

Questo è emerso, in particolare, in rapporto al valore della democraticità della normativa di derivazione comunitaria e di quella vasta congerie di atti, sia

⁹² Si rinvia a *supra*, § I e II.

⁹³ Il riferimento è alle considerazioni svolte all'interno del paragrafo § III.

propriamente normativi che di natura para - normativa, provenienti dalle Autorità Amministrative Indipendenti.

Anche con riferimento all'assicurazione della certezza del diritto, però, la fuga dalla legge e dal regolamento crea perplessità non trascurabili.

Quanto detto vale soprattutto per gli atti delle *Authorities*, la cui estrema varietà, unita ad una pressoché assente base normativa a monte, genera dubbi tanto con riferimento alla loro natura giuridica⁹⁴ quanto in relazione al reciproco coordinamento delle regole poste e alla possibilità per i destinatari di averne una facile conoscenza.

Con riferimento a quest'ultimo profilo sembra, anzi, che, in alcuni casi, l'eccessivo ricorso da parte dell'ordinamento al potere di regolazione delle Autorità abbia dato origine ad un quadro normativo fortemente confusionario e disorientante, tale da chiedere un nuovo intervento che garantisca maggiore sistematicità e chiarezza. È proprio sulla base di questa percezione che sembra essere stata introdotta all'interno del D.L. n. 32 del 18 aprile 2019 (il, così detto, "Sblocca – cantieri") la disposizione che prevede che l'attuazione di una serie di disposizioni del Codice dei contratti pubblici, prima demandata alle linee – guida Anac, sia ora affidata ad un regolamento ministeriale⁹⁵.

Sono, questi, segnali importanti che dimostrano che la transizione determinata dall'abbandono della centralità della legge Parlamentare all'interno

94 Sul punto si rimanda alle considerazioni di C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in www.Giustamm.it, 2016, IV, p. 7, il quale sostiene che la riconduzione delle linee guida dell'Anac alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità Indipendenti (come aveva fatto la Commissione speciale del Consiglio di Stato in occasione del parere n. 855 del 2016) sia una forzatura.

95 Cfr., sul punto, C. CHIARIELLO, *L'inquadramento delle linee guida Anac nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in www.federalismi.it, 4 novembre 2020, p. 58 ss. il quale evidenzia il fatto che il ritorno allo strumento del regolamento ministeriale sembra essere un segnale della volontà del legislatore di voler assicurare nel sistema dei contratti pubblici una certezza del diritto fino a questo momento non pienamente garantita dallo strumento delle linee – guida. L'Autore sottolinea anche che la previsione da parte del decreto – legge dello strumento regolamentare con funzione attuativa non determina la scomparsa dell'istituto delle linee – guida (che continua ad esistere sia nella forma vincolante che in quella non vincolante), ma comporta un sostanziale ridimensionamento del loro ambito di applicazione.

dell'ordinamento, oltre che non essere stata ancora compiuta, necessita di una serie di importanti aggiustamenti per una sua eventuale piena realizzazione.

C'è da chiedersi, poi, se la legge parlamentare quale fonte principale della disciplina del potere pubblico sia destinata a cedere interamente il proprio ruolo a nuove fonti di produzione (alcune delle quali sempre più orientate verso una produzione del diritto dal basso) o se, invece, possa ancora rivendicare uno spazio da protagonista anche nell'ordinamento giuridico di domani.

Nel rispondere a questo interrogativo non si possono certamente chiudere gli occhi di fronte ad una realtà che (come messo in evidenza precedentemente) è fortemente mutata rispetto all'epoca in cui l'Assemblea Costituente forgiò l'assetto istituzionale dell'ordinamento e gli ingranaggi del sistema democratico. Il contesto attuale ci restituisce un sistema partitico debole e scarsamente rappresentativo e la presenza di spinte centrifughe sia verso l'alto sia verso livelli subordinati rispetto a quello della legge parlamentare, anche nella produzione delle norme atte a disciplinare l'attività delle Amministrazioni Pubbliche.

Ciò, tuttavia, non significa che la legge stessa sia una fonte di produzione del diritto e di disciplina del potere pubblico ormai desueta.

Questo perché, in primo luogo, sarebbe errato credere che, nella storia degli ordinamenti fondati sullo Stato di diritto, solo il contesto socioeconomico attuale, tramite la sua complessità, abbia prodotto l'effetto di mettere in crisi la legge e di gettare ombre sulla sua effettiva idoneità a disciplinare la realtà e dedurre, quindi, da questa constatazione che sia ormai giunta l'ora di un suo definitivo superamento⁹⁶.

In secondo luogo, perché sarebbe parimenti errato imputare alla legge come strumento normativo in sé le contingenti inefficienze e storture che la caratterizzano nel contesto contemporaneo. Tale strumento, pur nei limiti che

96 Riflessioni di questo tenore si ritrovano in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il significato formale dell'ideale del «governo delle leggi» (rule of law)* cit., pp. 40 ss.

sicuramente sono ad esso addebitabili nello scenario giuridico – istituzionale attuale, soffre anche le inefficienze imputabili tanto al legislatore (non sempre capace di dare vita ad un ordito normativo che assicuri chiarezza ed ordine) quanto ai giudici, sempre più propensi ad allontanarsi dal significato letterale della norma attraverso la loro attività ermeneutica.

In altri termini, occorre prendere consapevolezza del mutamento in atto, ma è altrettanto necessario fugare ragionamenti estremistici che non tengano conto del fatto che, nel processo di allontanamento dalla legge, vi sono fattori di crisi di essa che non dipendono dall'inadeguatezza del modello legislativo (o almeno, non solo da esso), ma da una serie elementi contingenti. Proprio sulla base di queste riflessioni che dovrebbe forse impostarsi un dibattito orientato al rinnovamento delle procedure di emanazione della legge, così da renderle più aderenti alle dinamiche del sistema socioeconomico di oggi⁹⁷.

Il percorso fin qui delineato può essere, dunque, sintetizzato efficacemente con una metafora: la legalità può essere vista come un animale che, arrivato il momento propizio, può cambiare la sua pelle, ormai non più adatta a contenerlo, per assumerne una nuova, mantenendo però intatta la sua più intima sostanza.

Analogia particolarmente calzante a proposito della legalità in un ordinamento che pone alla sua base il valore della democrazia.

E per rispondere, dunque, alla domanda fatta in apertura, relativa alla funzione della legalità nell'ordinamento amministrativo di domani, si ritiene doveroso ricordare l'insegnamento di Nicola Bassi, parafrasando il quale si può concludere che nell'eterna "lotta" tra le ragioni della legalità e quelle dell'efficienza della Pubblica Amministrazione non si potrà che accordare prevalenza

⁹⁷ Sul punto si rimanda, ancora una volta, a ID., *Il significato formale dell'ideale del «governo delle leggi» (rule of law)* cit., p. 41 ss. Sull'argomento si vedano anche le considerazioni svolte da A. RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?* cit., p. 597, il quale fa riferimento all'esigenza di «procedure semplificate e celeri di produzione giuridica», al fine di poter restituire alla legge una funzione rilevante nell'ambito del sistema degli atti espressivi di potere.

alle prime, in quanto imprescindibili fonti di garanzie per gli amministrati⁹⁸. Questo perché un'Amministrazione, per poter essere efficiente, deve in primo luogo agire in modo conforme alla legge.

98 Si rinvia ancora una volta a N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., pp. 420 ss., il quale rimarca con insistenza che la figura dei poteri impliciti non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento, in quanto nata in sistemi giuridici che, a differenza del nostro, non hanno sposato una concezione forte e sostanziale della legalità amministrativa.

ANNALISA GUALDANI

Professore associato di Diritto Amministrativo

presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena

annalisa.gualdani@unisi.it

LE NOVITÀ IN TEMA DI PREAVVISO DI RIGETTO

THE NEWS OF REJECTION NOTICE

SINTESI

La disciplina dell'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza è stata oggetto di modifiche e integrazioni ad opera del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante *"Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"*, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Essa va ad incidere su diversi profili: sostituisce il termine interruzione con sospensione con l'obiettivo di favorire la concentrazione dei tempi procedimentali; chiarisce che l'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990 non si applica al preavviso di provvedimento negativo (art. 12, comma 1, lett. i); rafforza l'obbligo motivazionale posto a carico dell'amministrazione procedente, ora esteso ai motivi ostativi ulteriori che emergano in seguito alle osservazioni prodotte dall'istante che ha ricevuto il preavviso di rigetto; incide sui margini di valutazione dell'amministrazione in caso di riedizione del potere in seguito all'annullamento da parte del giudice. Il presente contributo muovendo dall'analisi dei singoli aspetti della riforma si pone il fine di verificare se le modifiche apportate all'art. 10 *bis* abbiano effettivamente risolto quelle criticità emerse nel corso del tempo e se si siano o meno conseguiti gli auspicati intenti di semplificazione. La conclusione a cui si perviene conduce a ritenere che la novella abbia solo in parte composto alcune delle problematiche pregresse, lasciando ancora aperte antiche questioni. In particolare non sembra che la riforma sia riuscita nell'intento di limitare il riesercizio del potere amministrativo a seguito dell'annullamento del giudice amministrativo del provvedimento di diniego.

ABSTRACT

The framework of the institute of communication regarding the reasons impeding the acceptance of the petition has been subject to changes and additions by the D.L. July the 16th 2020, n. 76, on "*Urgent measures for the simplification and digital innovation*", converted by law September the 11th 2020, n. 120. It goes to affect several profiles: it replaces the term interruption with suspension with the aim of favoring the concentration of procedural times; it clarifies that art. 21-*octies*, paragraph 2, of the law no. 241/1990 does not apply to the notice of negative order (article 12, paragraph 1, letter i); strengthens the motivational obligation that burdens the proceeding administration, now extended to the additional grounds for refusal arising from the observations submitted by the applicant who received the notice of refusal; it affects the margins of assessment of the administration in the event of re-issuing of power following the annulment by the court. This contribution, starting from the analysis of the individual aspects of the reform, aims to verify whether the changes made to art. 10-*bis* have effectively solved those critical issues that have emerged over time and whether or not the desired simplification intentions have been achieved. The conclusion we reached leads us to believe that the reform has only partially solved some of the previous problems, leaving old questions still open. In particular, the reform does not seem to have succeeded in its intent to limit the re-exercise of administrative power after the annulment of the rejection order by the administrative court.

PAROLE CHIAVE: semplificazione; comunicazione; motivazione; potere; riesercizio

KEYWORDS: simplification; communication; grounds for the ruling; power; re-exercise

INDICE: 1. Premessa - 2. Origine e finalità dell'istituto - 3. La novella apportata dal D.L. semplificazioni all'art. 10 *bis* - 3.1 La sospensione del termine di conclusione del procedimento - 3.2. L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 21 *octies*, comma 2 - 3.3 La motivazione nel preavviso di rigetto e i margini di valutazione dell'amministrazione in caso di riedizione del potere in seguito all'annullamento da parte del giudice - 4. Conclusioni

1. Premessa

La disciplina dell'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza è stata oggetto di modifiche e integrazioni ad opera del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante *"Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale"*, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120¹, il quale ha apportato significative novità volte a risolvere quelle criticità che dal tempo della sua introduzione ad opera della legge n. 15/2005 erano state evidenziate sia dalla dottrina, che dalla giurisprudenza².

La legge n. 120/2020 va a incidere su diversi profili (che saranno esaminati singolarmente nel prosieguo): sostituisce il termine "interruzione" con "sospensione" con l'obiettivo di favorire la concentrazione dei tempi procedurali; chiarisce che l'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990 non si applica al preavviso di provvedimento negativo (art. 12, comma 1, lett. i); rafforza l'obbligo motivazionale posto a carico dell'amministrazione procedente ora esteso ai motivi ostativi ulteriori che emergano in seguito alle osservazioni prodotte dall'istante che ha ricevuto il preavviso di rigetto; incide sui margini di valutazione dell'amministrazione in caso di riedizione del potere in seguito all'annullamento da parte del giudice. La disposizione novellata³ si inserisce

1 Per un'analisi generale sul decreto semplificazioni cfr. M. MACCHIA, *Il decreto "Semplificazioni". Le misure generali* in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 6/2020.

2 M. 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 il d.l. n. 76/2020 convertito con legge n. 120/2020), in *giustamm*, 11/2020.

3 «Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. 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. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli

nell'ottica di quegli strumenti di semplificazione, che da tempo il legislatore⁴, non sempre con esiti felici, ha introdotto nei diversi ambiti dell'amministrazione⁵, in *primis* quello della disciplina generale sul procedimento amministrativo⁶.

Occorre dunque interrogarsi se le modifiche introdotte all'art. 10 *bis* abbiano effettivamente risolto quelle criticità più volte affrontate con orientamento non sempre conforme dal giudice amministrativo e se abbiano o meno conseguito gli auspicati intenti di semplificazione.

2. Origine e finalità dell'istituto

L'istituto in esame ha trovato ingresso nel nostro ordinamento con la legge 11 febbraio 2005, n. 15⁷, la quale nella rubrica dell'art. 10 *bis* lo ha appellato "*Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza*", anche se tale figura viene alternativamente denominata sia dalla dottrina, che dalla giurispruden-

enti previdenziali. Non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione».

4 M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Diritto dell'economia*, n. 2/2021, 1, il quale rileva come tutti i governi in carica a partire dagli anni '90 del secolo scorso hanno ritenuto che "il processo di semplificazione dovesse fondarsi sul taglio delle fasi procedurali o quanto meno sul compattamento dei temi di realizzazione".

5 Cfr. sul punto E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 e ss.

6 A tal riguardo M. OCCHIENA, *Il coraggio di semplificare*, in *Diritto dell'economia*, n. 2/2020, Editoriale, evidenzia che "Così come in pressoché tutti gli interventi di semplificazione amministrativa, cui forse fanno eccezione proprio quelli degli anni 1997 – 1998 (...) anche nella legge n. 120/2020 il legislatore ha utilizzato la tecnica delle modifiche puntuali e minuziose di previgenti disposizioni, al più innestando all'interno di più ampi testi normativi articoli o commi in aggiunta a quelli preesistenti".

7 L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro delle garanzie procedimentali*, in studi in onore di L. MAZZAROLLI, vol. II, Cedam, 2007, 84, sottolinea che l'art. 10 *bis* sia una novità relativa "non solo perché altri ordinamenti hanno da tempo introdotto disposizioni simili (è il caso dell'ordinamento tedesco: si veda il § 28 del *Verwaltungsverfahrensgesetz* e si consideri che la legge tedesca è del 1976), ma anche perché il dovere di informare il richiedente della probabile reiezione della domanda era già stato previsto nel testo della legge sul procedimento amministrativo elaborato dalla "Commissione Nigro" (sul punto non recepito nel d.d.l. governativo, che sarà poi approvato il 7 agosto del 1990); e soprattutto perché il legislatore nazionale è stato anticipato da quello regionale (sin dal 1990 e dal 1993, rispettivamente per quel che concerne la Sardegna e il Trentino Alto Adige; dal 2004, per quel che riguarda la Sicilia, la quale ha introdotto una disposizione testualmente identica). In argomento anche V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante «Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241»*, in *Astrid Rassegna*, n. 4 del 2005.

za come “preavviso di rigetto”⁸, “preavviso di diniego”⁹ o “preavviso di provvedimento negativo”.

La circostanza che nei procedimenti ad istanza di parte l'amministrazione, prima di adottare un provvedimento negativo, debba “avvertire” il privato ponendolo in condizione di contraddire sui motivi che ostano l'accoglimento della domanda, costituisce un'integrazione delle garanzie procedurali disposte dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo¹⁰. Viene, infatti, ad ampliarsi l'ambito del contraddittorio originatosi attraverso la comunicazione di avvio del procedimento, che si spinge sino ad involgere le “ragioni del provvedimento”¹¹.

La disposizione si delinea dunque quale espressione del principio di trasparenza e del dovere di informazione “assunto ormai a corollario del principio di buona fede oggettivo (o correttezza) che permea la dinamica del potere”¹².

L'istituto, costringendo l'amministrazione ad una *discovery* anticipata dei motivi di rigetto dell'istanza, si colloca all'esito dell'istruttoria, in quel segmento (pre-decisorio) che anticipa l'adozione del provvedimento finale. Esso da un lato potenzia il contraddittorio (definito come rinforzato)¹³ a cui si somma una funzione di tipo collaborativo¹⁴, dall'altro svolge una funzione deflattiva del

8 In tal senso D. VAIANO, *Preavviso di rigetto e principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in Studi in onore di L. MAZZAROLI, IV, cit., 459 ss.

9 Utilizza tale espressione M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2022, 256. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. II, 10 dicembre 2020, n. 7893 e Cons. Stato sez. II, 9 dicembre 2020, n. 7841.

10 In argomento D. VESE, *Il preavviso di rigetto tra efficienza e garanzia dell'azione amministrativa*, in *Diritto e società*, 4, 2017, 819-868.

11 L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro delle garanzie procedurali*, 85.

12 D. VAIANO, ult.op.cit., 460.

13 Parlano di contraddittorio necessario e rinforzato G. BACOSI – F. LEMETRE, *La legge n. 15 del 2005: ecco il nuovo volto della legge 241*, in www.reform.it

14 Poiché “nel momento in cui si adopera per rappresentare fatti e/o interessi che contraddicono o rendono non più attuali le conclusioni adombrate dall'ente procedente, il destinatario della funzione coopera in modo determinante alla migliore esplicitazione della funzione medesima”, in tal senso G. DI MARIO, *La nuova partecipazione al procedimento: potenziamento o dequotazione*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le l. 15 del 2005 e 80 del 2005*, Milano, Giuffrè, 2005, 458.

contenzioso giurisdizionale¹⁵, andando così a bilanciare quell'aggravamento del procedimento che esso comporta¹⁶.

Come evidenziato dalla giurisprudenza il preavviso di rigetto, riveste, infatti, un ruolo fondamentale nello svolgimento delle funzioni ampliative o conformative della posizione giuridica del privato, poiché mira a dar luogo ad un contraddittorio endoprocedimentale a carattere necessario, non solo anticipando nella fase del “giusto procedimento” le garanzie del “giusto processo” in ottica difensiva, ma consentendo un ruolo collaborativo del privato nella fase della valutazione, anche in fatto, delle circostanze rilevanti nella specifica vicenda, allo scopo di contribuire a far emergere elementi utili ad una adeguata istruttoria¹⁷.

Relativamente al suo ambito di applicazione la norma possiede una portata generale, estendendosi a tutti i procedimenti ad istanza di parte¹⁸, fatta eccezione per le procedure concorsuali e per quelle in materia previdenziale e assistenziale¹⁹.

15 Cons. Stato sez. V, 11 marzo 2019, n. 1613, il quale rileva che l'istituto del c.d. preavviso di rigetto, di cui all'art. 10 *bis*, legge n. 241 del 1990, ha lo scopo di far conoscere alle amministrazioni, in contraddittorio rispetto alle motivazioni da esse assunte in base agli esiti dell'istruttoria espletata, quelle ragioni, fattuali e giuridiche dell'interessato, che potrebbero contribuire a fare assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante, appunto, dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso fra le parti.

16 Così S. TARULLO, *L'art. 10 bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it, 2005. Sul punto cfr. Relazione della I Commissione Permanente della Camera dei deputati del 6 novembre 2003, dalla quale emerge che la finalità dell'introduzione dell'art. 10 bis fosse quello di limitare il contenzioso tra cittadini e pubblica amministrazione.

17 Tar Campania, sez. VIII, 21 giugno 2021, n.4264 e Tar Campania, sez. II, 26 gennaio 2022, n. 513.

18 “Trattasi di una norma di garanzia partecipativa, che ha la finalità di consentire, anche nei procedimenti ad istanza di parte, gli apporti collaborativi dei privati, allo scopo di porre questi ultimi in condizione di chiarire, già nella fase procedimentale, tutte le circostanze ritenute utili, senza costringerli ad adire subito le più gravose vie giurisdizionali.

A questi fini la norma suddetta, costituente garanzia di trasparenza e di buona amministrazione e rispondente quindi anche agli interessi stessi dell'amministrazione, prevede la possibilità di un contraddittorio, con prospettazione di osservazioni scritte da parte degli interessati, del cui mancato accoglimento deve essere data ragione nel provvedimento finale”, così Tar Liguria, Genova, sez. II, 2 marzo 2011, n. 346, in *Foro amm. - Tar*, 2011, 3, 790).

A tal riguardo, tuttavia, la giurisprudenza si è premurata di sottolineare come, in ragione della finalità perseguita dalla disposizione, le deroghe all'obbligo di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza devono ritenersi eccezionali e interpretate restrittivamente, giusta la finalità di trasparenza dell'azione amministrativa perseguita dal legislatore con la legge n. 15/2005²⁰.

Non è un caso infatti che nella versione originaria del d.l. Semplificazioni, facendo leva sulla portata generale dell'art. 10 *bis* e sulla necessità di applicare l'istituto a tutti i procedimenti ad istanza di parte, si fosse eliminato l'inciso: *"Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali"*, salvo poi riproporlo in sede di conversione.

19 Sulla non applicabilità dell'istituto in esame in materia previdenziale e assistenziale cfr. da ultimo Tar Sicilia sez. III, Catania, 07 ottobre 2022, n. 2629, che evidenzia come "La previsione di cui all'art. 10 *bis* della legge n. 241/1990 non trova applicazione nel procedimento per il riconoscimento dell'equo indennizzo per infermità dipendenti da causa di servizio, essendo detto procedimento normato analiticamente dal d.P.R. n. 461/2001, con prevalenza della disciplina speciale su quella generale contenuta nella legge sul procedimento amministrativo, anche perché l'ultimo periodo del medesimo art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, che regola l'invocato preavviso di rigetto, statuisce che tale istituto non si applica ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale e, quindi, anche ai procedimenti volti a conseguire il riconoscimento dell'equo indennizzo per infermità dipendenti da causa di servizio".

20 La giurisprudenza evidenzia infatti che, a fronte della natura di principio generale dell'obbligo in commento, le relative eccezioni non possono essere oggetto di estensione in via analogica. In argomento cfr. Tar Campania, Napoli, sez. VII, 9 novembre 2016, n. 5164, il quale sottolinea che "la disposizione ha la finalità di consentire lo sfogo del contraddittorio tra il destinatario di un provvedimento negativo e l'autorità emanante, già in sede di procedimento, allo scopo, da un lato, di anticipare il momento della disputa alla naturale sede di formazione della decisione amministrativa, ovverosia al procedimento, onde apprestare un filtro alle possibili iniziative contenziose processuali. Dall'altro, sottende la finalità di stimolare e agevolare l'apporto collaborativo del privato, con il duplice consueto risultato di permettere al medesimo di rappresentare le sue ragioni in un'ottica di democratizzazione e dialettica procedimentale dell'agire amministrativo per provvedimenti e, al contempo, di illuminare l'amministrazione affinché pervenga alla decisione più giusta grazie anche all'esposizione che l'interessato abbia svolto di tutte le circostanze di fatto e di diritto che ruotano intorno alla vicenda afferente alla sua istanza".

Le delineate finalità garantistiche e deflative impongono, correlativamente, che le eccezioni all'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi, pure individuate dalla norma, siano interpretate con canoni di rigida tassatività. Al riguardo, come detto, l'art. 10-bis precisa che "le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali".

La legge n. 120/2020, nel ribadire la non applicabilità dell'art. 10 *bis* nelle ipotesi richiamate, oltre a voler perseguire quelle esigenze di celerità, speditezza, non aggravamento dell'azione amministrativa ispiratrici della riforma, conferma quell'orientamento formatosi all'indomani della legge n. 15 del 2005, il quale aveva avuto modo di motivare la scelta effettuata in sede di estensione della norma, evidenziando come "l'alto numero di procedimenti previdenziali e assistenziali avrebbe reso difficilmente gestibile la concreta applicazione del preavviso di rigetto"²¹.

3. La novella apportata dal D.L. Semplificazioni all'art. 10 *bis*

3.1. La sospensione del termine di conclusione del procedimento

L'art. 12, comma 1, lett. e) del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, interviene in primo luogo sulla disciplina del termine di conclusione del procedimento in seguito alla comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza.

La previgente formulazione stabiliva che: *"La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni"*.

Sin dalla sua introduzione l'utilizzo del sostantivo interruzione aveva impegnato il dibattito scientifico sul significato da assegnare allo stesso. Nonostante infatti la lettera della legge suggerisse che il termine del procedimento, una volta interrotto dalla comunicazione del preavviso di rigetto, dovesse iniziare a decorrere nuovamente dalla data di presentazione delle osservazioni, non è mancato chi aveva ritenuto che il termine interruzione andasse invece in-

21 M. RAMAIOLI - R. VILLATA, *Procedimento. Art. 10 bis, l. n. 241/1990*, in *Il Libro dell'Anno del Diritto*, Istituto della Enciclopedia Treccani, Milano, 2012, 278. Con riguardo alle procedure concorsuali cfr. Tar Sicilia - Palermo, sez. II, 23 marzo 2011, n. 518, in *Foro amm. - Tar*, 2011, 3, 1014, che sottolinea come le esigenze e le finalità perseguite dall'art. 10 *bis* verrebbero comunque garantite dalle normative speciali che disciplinano tali procedimenti.

interpretato piuttosto come sospensione, “innescando il nuovo istituto una parentesi temporale alla cui conclusione il tempo residuo riprende a decorrere”²².

La ragione di tale lettura veniva motivata dal fatto che diversamente opinando si sarebbe inciso da un lato sulla durata complessiva del procedimento, dall'altro perché, in caso di rinnovazione del preavviso di rigetto, si sarebbe leso il principio della certezza del termine per la conclusione del procedimento (art. 2 legge n. 241/1990)²³.

Di diverso avviso la giurisprudenza, la quale costantemente aveva interpretato l'impiego del lemma interruzione in senso tecnico, affermando che “per principio generale la nozione di interruzione del termine del procedimento si distingue dalla sospensione poiché, mentre la seconda lascia in vita il termine che inizia nuovamente a decorrere dal momento in cui era stato sospeso, la prima comporta che il termine decorra *ex novo*, ossia dall'inizio e per l'intero”. E invero “la differenza non si esaurisce al solo decorso del termine, riguardando anche la collocazione delle due forme di intervallo in diverse fasi procedurali: la sospensione, lo si desume dall' art. 2, comma 7, della legge n. 241 del 1990 attiene alla fase istruttoria e sopperisce alla mancanza di tutti gli elementi indispensabili per pervenire ad una decisione.

All'opposto, l'interruzione sembra più correttamente collocabile in un momento successivo ed essenzialmente nell'ambito della stessa fase decisoria: ciò è chiaro nel successivo art. 10 *bis*, laddove l'interruzione emerge nel momento in cui l'amministrazione procedente ha già assunto una ‘bozza’ di decisione negativa, ma anche nell'art. 16, stante il fatto che l'attività consultiva estri-

22 L. FERRARA, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza nel riformato quadro delle garanzie procedurali*, cit., 88.

23 A tal proposito, S. TARULLO, *L'articolo 10 bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, cit., ha evidenziato come interpretare l'arresto del termine come interruzione potrebbe condurre ad abusi se l'amministrazione reiterasse più volte la comunicazione dei motivi ostativi prolungando sine die il termine di conclusione del procedimento.

catasi nel parere - a differenza della valutazione tecnica - si pone nella fase decisoria”²⁴.

La novella introdotta dalla legge n. 120/2020, con l'intento di far luce sul punto, ha sostituito il verbo interrompere con sospendere: *“La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, nonché le ulteriori modalità di pubblicazione, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza di cui al secondo periodo”*.

L'intervento legislativo si pone in linea con gli intenti di accelerazione e di semplificazione propri della riforma, giovando altresì alla certezza del tempo del procedimento. La comunicazione del preavviso di rigetto apre infatti una finestra temporale di dieci giorni il cui esaurirsi consente ai termini di riprendere il conteggio, laddove esso si era fermato.

Rispetto alla versione precedente, tuttavia, il nuovo art. 10 *bis* effettua un distinguo a seconda della partecipazione o meno del destinatario della comunicazione. Nel primo caso il termine di conclusione del procedimento viene prolungato di ulteriori dieci giorni (il termine ricomincia a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni), nel secondo alla scadenza dei dieci giorni il termine riprende a decorrere²⁵.

A tal riguardo è stato evidenziato come non risulti di agevole comprensione il motivo per cui la legge n. 120/2020 abbia deciso di far decorrere il termine *“dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni”* e non di conservare, come invece sarebbe stato più ragionevole, l'originaria versione dell'art. 10 *bis* *“a de-*

24 T.A.R. Liguria sez. I - Genova, 8 febbraio 2017, n. 91, in *Foro Amm.*, 2, 2017, 350. A favore dell'interpretazione in senso stretto del termine interruzione cfr anche T.A.R. Sicilia sez. I - Catania, 2 dicembre 2015, n. 2819; Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2548; Tar Toscana, sez. II, 2 maggio 2012, n. 856.

25 Così G. MILO, *Il preavviso di diniego dopo la legge 11 settembre 2020, n. 120*, in *Rivista giuridica AmbienteDiritto.it*, Anno XX, Fasc. 4/2020, 6, la quale sottolinea come l'uso del termine ricomincia a decorrere potrebbe indurre a ritenere *“un inizio ex novo”*. Tuttavia contro tale interpretazione, oltre alla sostituzione del termine interruzione con sospendere, adduce *“la previsione di un'ulteriore sospensione di dieci giorni in caso di produzione di memorie partecipative, termine ulteriore che non sarebbe necessario se comunque i termini dovessero ripartire dall'inizio”*.

correre dalla data di presentazione delle osservazioni”, salvo ritenere “che la norma sia stata erroneamente formulata e che non vi dovessero essere modifiche sotto questo profilo”²⁶.

A ben vedere, però, ad avviso di chi scrive, la disposizione potrebbe esporsi ad una diversa lettura, potendosi ritenere che il legislatore, in caso di presentazione delle osservazioni, abbia voluto concedere all'amministrazione, (in ossequio ai principi di collaborazione e buona fede introdotti nell'art. 1, comma 2 *bis*, della legge generale sul procedimento) un maggior lasso temporale per consentirle di meglio valutare il materiale prodotto dall'istante.

3.2. L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 21 *octies*, comma 2

La legge n. 120, del 2020 (art. 12, comma 1, lett. i), aggiungendo un ulteriore periodo all'art. 21 *octies* - “*la disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10 bis*” - interviene su un altro aspetto affrontato a più riprese nel tempo dalla giurisprudenza, concernente l'applicabilità o meno dell'art. 21 *octies*, comma 2, al preavviso di rigetto.

La nuova disposizione si pone in contrasto con il convincimento elaborato dalla prevalente giurisprudenza, la quale ha ritenuto estensibile la sanatoria processuale dell'art. 21 *octies*, comma 2, prevista per l'omessa comunicazione di avvio del procedimento (art. 7), anche al caso dell'omessa comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza (art. 10 *bis*), sull'assunto che tali istituti partecipativi possederebbero la medesima identità funzionale.

L'orientamento richiamato, infatti, muovendo da una lettura sostanzialistica dell'istituto e fondata sul principio del raggiungimento dello scopo, ha ritenuto che il mancato invio della comunicazione *ex* art. 10 *bis* non andava ad inficiare la legittimità dell'attività dell'amministrazione se il privato fosse comunque venuto a conoscenza dei motivi del mancato accoglimento della sua

²⁶ A tal riguardo, cfr. G. SERRA, *Brevi note in merito alla riforma dell'art. 10 bis della L. N. 241/1990 ad opera del c.d. Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020)*, in *Lexitalia.it*, 31 luglio 2020, 5.

istanza e fosse stato messo in condizione di instaurare un contraddittorio con l'amministrazione²⁷. Si è ritenuto, pertanto, che le norme in materia di partecipazione procedimentale dovessero essere lette avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la loro inosservanza avesse causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione, escludendo, dunque, la rilevanza dell'omissione quando nessuna effettiva influenza avrebbe potuto avere la partecipazione del privato rispetto alla concreta portata del provvedimento finale²⁸.

Il nuovo periodo introdotto all'art. 21 *octies* dalla legge n. 120/2020 stabilisce che, a fronte dell'esercizio di un potere amministrativo discrezionale, la mancata comunicazione di avvio del preavviso di rigetto comporta l'illegittimi-

27 In tal senso Tar Campania, Napoli, sez. III, 10 aprile 2019, n. 1984, il quale ha sottolineato che dalla mancata comunicazione del preavviso di rigetto non discende l'illegittimità del provvedimento finale, pertanto l'interessato non può limitarsi a denunciare in ricorso l'omessa comunicazione del preavviso di rigetto, ma deve anche dimostrare che, nella fase procedimentale partecipata anteriore all'adozione del provvedimento impugnato, non c'è stata alcuna discussione in merito al contenuto dell'atto, che è stato adottato senza contraddittorio. Nel medesimo senso anche Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2019, n. 1613: "la formale comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza non è necessaria quando tali motivi siano noti all'istante e questi sia stato già posto in grado di interloquire in merito ai medesimi". In senso contrario l'orientamento formalista che escludeva una possibile estensione dell'art. 21 *octies* comma 2 al preavviso di rigetto Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 2011, n. 6410: "la sanatoria di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, seconda parte, pur riguardante gli atti discrezionali, è riferibile a violazioni procedurali concernenti la mancata comunicazione di avvio del procedimento, ma non anche la mancata comunicazione di avvio di cui all'art. 10 *bis*" e in tempi più recenti Tar Campania Napoli, sez. III, 10 novembre 2020, n. 3682: "la seconda parte del comma 2, dell'art. 21 *octies*: non possa, per condivisa giurisprudenza, essere estesa alla violazione delle garanzie di cui all'art. 10 *bis*, della legge n. 241/1990, in ragione della diversità ontologica tra la garanzia preliminare dell'art. 7 e quella sostanziale dell'art. 10 *bis*: in tale ultima evenienza le osservazioni del privato introdotte nella sede procedimentale esigono una specifica controdeduzione, proprio nella appropriata sede amministrativa (che potrebbe essere anche l'unica senz'altro per i motivi di merito)".

28 Cons. Stato, sez. II, 22 dicembre 2020, n. 8230; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1001, il quale sottolinea che la disciplina dell'art. 10 *bis* "deve essere coordinata con le previsioni di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, legge n. 241/1990, dovendosi accogliere un'interpretazione funzionale delle disposizioni in tema di partecipazione procedimentale, al fine di evitare l'annullamento di provvedimenti che benché assunti in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti presentino comunque un contenuto dispositivo che non avrebbe comunque potuto essere diverso dal quello in concreto adottato"; Cons. Stato, sez. III, 19 febbraio 2019, n. 1156 sempre che venisse provata dall'Amministrazione che il contenuto del provvedimento non avesse potuto essere diverso da quello in concreto adottato

tà del provvedimento e l'impossibilità di applicare la sanatoria processuale, di cui all'art. 21 *octies*, comma 2²⁹.

La modifica non va, invece, ad incidere sull'applicabilità della prima parte dell'art. 21 *octies* al preavviso di rigetto, con la conseguenza che non sarà annullabile il provvedimento, adottato in assenza della comunicazione di cui all'art. 10 *bis*³⁰ che abbia natura vincolata e sempre che “*sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”³¹.

Occorre tuttavia interrogarsi sull'impatto prodotto dalla novella introdotta all'art. 21 *octies*, comma 2, “*La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10 bis*”, muovendo dall'analisi delle critiche sollevate.

Si è infatti evidenziato come la disposizione contravverrebbe alla *ratio* che ha ispirato il D.l. Semplificazioni, quella cioè “di garantire speditezza e ce-

29 Cons. Stato, sez. III, 8 ottobre 2021, n. 6743: “a seguito della novella introdotta con l'art. 12, comma 1, lettera i) del d.l. 16.7.2020, n. 76, convertito con Legge 11.9.2020, n. 120, il mancato rispetto dell'obbligo di preventiva comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, imposto dall'art. 10 bis della legge n. 241/1990, determina l'annullamento del provvedimento discrezionale senza che sia consentito all'amministrazione dimostrare in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso da quello in concreto adottato, con conseguente inapplicabilità della “sanatoria” di cui all'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990”.

Sul punto cfr. B. VERSICCO, *Riflessioni sull'autotutela decisoria e l'inesauribilità del potere amministrativo nell'ambito delle riforme strutturali dell'emergenza pandemica*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 2/2021, 158, che evidenzia come “l'omissione del preavviso di rigetto darebbe luogo ad una duplice 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 fi fuori dei casi espressamente previsti dall'art. 34 del c.p.a.”.

30 In argomento si richiama, pur se anteriore all'approvazione della legge n. 120/2020, Cass. civ., I sez., 10 giugno 2020, n. 11083: “A norma dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990, l'annullabilità di un provvedimento amministrativo adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti è esclusa qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, allorché non soltanto la scelta dell'emanazione o meno dell'atto, ma anche il suo contenuto siano rigidamente predisposti da una norma o da altro provvedimento sovraordinato, sicché all'amministrazione non residui alcuna facoltà di scelta tra determinazioni diverse. Il principio è applicabile anche in caso di mancata comunicazione del preavviso di rigetto dell'istanza, in violazione dell'art. 10 *bis* del 1990, che dispone che prima della formale adozione di un provvedimento negativo l'amministrazione comunichi all'istante i motivi che ostano all'accoglimento della domanda”.

31 Sull'accezione con cui intendere l'aggettivo palese, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e procedurali*, in *Giustamm.it*, 2006, 2, par. 6.

lerità dell'azione amministrativa", nonché all'impostazione, elaborata dal supremo organo della giustizia amministrativa³², volta ad affermare "un generale principio di non annullabilità dei provvedimenti per vizi meramente formali o procedurali, a prescindere dalla natura discrezionale o vincolata dell'attività, laddove fosse emersa la legittimità sostanziale del provvedimento"³³.

La nuova disposizione andrebbe dunque a restringere la portata della sanatoria processuale, di cui all'art. 21 *octies*, sempre applicabile alla mancata comunicazione di avvio del procedimento (in presenza dei requisiti previsti dal secondo periodo del secondo comma dell'art. 21 *octies*), ma non anche all'omessa comunicazione del preavviso di rigetto del provvedimento discrezionale³⁴, dando luogo "ad un diverso trattamento riservato a due ipotesi molto simili: il vizio *ex art. 7* e quello *ex art. 10 bis*"³⁵.

32 Cons. Stato, sez. III, 21 febbraio 2017, n. 792; Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2018, n. 1161.

33 Così G. SERRA, *Brevi note in merito alla riforma dell'art. 10 bis della L. N. 241/1990 ad opera del c.d. Decreto Semplificazioni (D.L. n. 76/2020)*, in *Lexitalia.it*, 31 luglio 2020, 9. L'autore conclude pertanto, che il decreto semplificazioni "infonde nuova linfa alla distinzione tra vizi meramente formali e procedurali, rilevanti per la sola attività vincolata e lo specifico vizio di omesso invio della comunicazione di avvio del procedimento, che può non comportare l'annullamento del provvedimento anche se espressione di discrezionalità amministrativa".

34 In tal senso Cons. Stato, sez. II, 14 marzo 2022, n. 1790, con nota di R. FUSCO, *Il necessario contraddittorio col privato nell'esercizio dei poteri discrezionali: l'efficacia invalidante del preavviso di rigetto*, in <http://www.giustiziainsieme.it>, ha evidenziato come in caso di provvedimenti discrezionali, l'omissione del preavviso di rigetto, non sia superabile con una valutazione *ex post* da parte del privato e che, incidendo la modifica legislativa su una norma ritenuta di carattere processuale, essa debba essere applicata anche ai provvedimenti già emanati. In argomento cfr. anche L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto di giustizia*, in *Dir. amm.*, fasc. 3, 1 settembre 2021, 576 ss., il quale ricorda che se "la dimostrazione in giudizio da parte della P.A. che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato è espressamente impedita dal legislatore in caso di qualsivoglia violazione dell'art. 10 *bis*, la ragione dell'impedimento sembra risiedere nella contraddizione logica di tale dimostrazione proprio con l'applicazione della preclusione procedimentale (e la relativa consumazione del potere)".

35 N. DURANTE, *I vizi formali del procedimento, alla luce del decreto – legge "Semplificazioni" e delle recenti pronunce dell'Adunanza plenaria*, in *giustamm*, n. 11 del 2020. L'autore specifica inoltre che non risulta comprensibile la ragione per cui l'omissione delle garanzie partecipative iniziali venga sanzionata in forma meno grave, perché sanabile anche in relazione agli atti discrezionali, rispetto all'omissione delle garanzie partecipative finali. Anche la giurisprudenza Tar Lazio, sez. III, 9 aprile 2020, n. 3856 ritiene che l'omessa comunicazione del preavviso di rigetto non sia altro che "una gemmazione del più generale obbligo di comunicare l'avvio del procedimento di cui all'art. 7". In posizione antitetica, posteriore alla modifica introdotta dalla legge n. 120/2020, Tar Campania, Napoli, sent. 7 gennaio 2021, n. 130, il quale rileva che: "La tesi che

A ben vedere però a fronte di questa impostazione si è delineata una diversa e interessante ricostruzione giurisprudenziale³⁶, la quale, sollevando perplessità in merito al prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa formatosi antecedentemente alla riforma del 2020³⁷, ha ritenuto come tale convincimento si fondasse su un'inammissibile applicazione analogica dell'art. 21 *octies* comma 2, secondo periodo.

Ad avviso di questo giudice, infatti, le disposizioni del primo e del secondo periodo, del secondo comma, dell'art. 21 *octies* si configurerebbero come norme eccezionali, poiché andrebbero a derogare alla disposizione generale del primo comma dello stesso articolo, secondo il quale “la conseguenza della violazione di norme di legge (ivi comprese quelle che disciplinano le garanzie procedurali) è l'annullabilità del provvedimento e la disposizione del comma 2, primo periodo, riguarda inequivocabilmente solo i casi di attività vincolata, mentre la disposizione del secondo periodo dello stesso comma si riferisce soltanto alla violazione dell'art. 7, della legge n. 241/1990, ossia all'omessa comunicazione di avvio del procedimento”. La giurisprudenza maggioritaria avrebbe in sostanza equiparato, anche nei casi di attività discrezionale, le garanzie pro-

ritiene assimilabile anche la violazione dell'art. 10 bis muove dal presupposto dell'identità di funzione svolta da detta ultima disposizione e dall'art. 7, mentre non è condivisibile istituire un mero parallelismo tra art. 7 e art. 10 bis. In proposito la garanzia del 10 bis, svolge un ruolo diverso e consente alla parte di intervenire a sostenere le proprie ragioni, nella fase predecisoria, contestando l'apparato motivazionale predisposto dall'amministrazione all'esito del procedimento. La partecipazione alla fase decisoria e predecisoria assume una valenza rispetto al formarsi della decisione amministrativa che ha valore ulteriore e diverso da quella che assume la partecipazione alla fase istruttoria, sicché la mancata previsione del vizio di violazione dell'art. 10 bis tra quelli suscettibili di sanatoria ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2, secondo periodo, non può essere ascritta ad una lacuna, ma ad una scelta legislativa, non emendabile dall'interprete”.

³⁶ Tar Trento, sent. 19 ottobre 202, n. 177.

³⁷ *Id est* l'orientamento fondato sul principio del raggiungimento dello scopo: Cons. stato, sez. IV, 28 ottobre 2019, n. 7333 e Cons. stato, sez. II, 2 ottobre 2019, n. 6597, in base al quale: “avendo il preavviso di rigetto lo scopo di far conoscere all'Amministrazione procedente le ragioni fattuali e giuridiche dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere una diversa determinazione finale, derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in gioco”, tale scopo “viene meno ed è di per sé inidoneo a giustificare l'annullamento del provvedimento nei casi in cui il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia in quanto vincolato, sia in quanto, sebbene discrezionale, sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità”.

cedimentali di cui agli artt. 7 e 10 *bis* “senza tenere nella dovuta considerazione il limite posto dall’art. 14, delle preleggi al codice civile, all’interpretazione analogica nel caso di norme eccezionali, nonché l’ontologica differenza tra le due garanzie procedurali”³⁸.

Se si aderisce, come qui si ritiene, a tale tesi ne consegue allora che l’intervento legislativo operato con la legge n. 120/2020 si configuri come una norma di interpretazione autentica, volta a limitare l’applicazione analogica di una norma eccezionale e dunque funzionale a perimetrare l’ambito di applicazione della regola del raggiungimento dello scopo, la quale utilizzata dalla giurisprudenza in senso estensivo non troverebbe più applicazione, per espressa volontà del legislatore “nel caso in cui la violazione dell’art. 10 *bis* venga dedotta con riferimento a provvedimenti di natura discrezionale”³⁹.

Tale conclusione è stata corroborata anche dal giudice amministrativo che ha sottolineato la valenza di norma interpretativa della novella richiamata, così smentendo l’estensione analogica di tale parte dell’art. 21 *octies* anche al preavviso di rigetto, non potendo i due istituti, di cui agli artt. 7 e 10 *bis*, ritenersi sovrapponibili, per la diversa funzione svolta a tutela dell’interesse partecipativo dei privati al procedimento amministrativo⁴⁰. Non può tuttavia sottacersi anche il riemergere dell’opposto orientamento⁴¹.

38 Così Tar Trento sent. 19 ottobre 2020, n. 177, considerato in Diritto, reperibile in www.giustiziaamministrativa.it, 34.

39 Ibidem.

40 Così Tar Puglia, sez. I - Lecce, 22 marzo 2022, n. 46.

41 Cons. Stato sez. VI, 15 settembre 2022, n. 7993: “L’art. 10 *bis* L. n. 241 del 1990, così come le altre norme in materia di partecipazione procedimentale, non vanno interpretate in senso formalistico, bensì avendo riguardo all’effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione. Ne deriva che l’omissione del preavviso di rigetto non cagiona l’automatica illegittimità del provvedimento finale qualora possa trovare applicazione l’art. 21-*octies*, comma 2, della stessa legge, secondo cui non è annullabile il provvedimento per vizi formali non incidenti sulla sua legittimità sostanziale e il cui contenuto non avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato, poiché detto art. 21-*octies*, attraverso la dequotazione dei vizi formali dell’atto, mira a garantire una maggiore efficienza all’azione amministrativa, risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività laddove il riesercizio del potere non potrebbe comunque portare all’attribuzione del bene della vita richiesto dall’interessato”; Tar Lazio, sez. IV Roma 11 novembre 2022, n. 14719 “Nell’ordinamento vigente, la violazione dell’art. 10 *bis*, l. n.

Ad avviso di chi scrive, la novella apportata dal D.l. Semplificazioni parrebbe, altresì, aver avuto un ulteriore risvolto positivo. Se si muta, infatti, la prospettiva della lettura della disposizione spostando l'angolo visuale dall'ottica dell'amministrazione a quello del privato istante è possibile ritenere che la modifica che esclude l'operatività della sanatoria processuale in caso di omesso invio del preavviso di rigetto possa essere interpretata come segno della rilevanza che l'ordinamento ha voluto assegnare alla partecipazione del privato in una fase dove l'amministrazione ha già confezionato il progetto del provvedimento (negativo), nonché di maggior tutela per gli istanti destinatari del diniego a fronte dell'esercizio di un'attività amministrativa discrezionale⁴². Diversa infatti è la posizione di colui che riceve la comunicazione di avvio del procedimento rispetto a quella di chi viene edotto dall'amministrazione della sua intenzione di

241/1990 non produce ex se l'illegittimità del provvedimento amministrativo finale, dovendo la disposizione sul preavviso di rigetto essere interpretata comunque alla luce del successivo art. 21-octies, comma 2, la quale impone al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo (nel caso di specie, stante il contenuto sostanziale del diniego di visto, giustificato dalle risultanze istruttorie che hanno indotto la P.A. a ritenere che le informazioni fornite per giustificare lo scopo del viaggio non fossero adeguatamente attendibili, la mancanza del preavviso di rigetto non è stata ritenuta causa di illegittimità del provvedimento finale, non potendo questo avere un contenuto diverso dal diniego di visto in concreto adottato)"; Tar Campania, Napoli, Sez. IV 1 settembre 2022, n. 5561: "l'art. 10 bis, l. n. 241/1990 ha la funzione di assicurare un'effettiva partecipazione dell'istante all'esercizio del potere amministrativo, sollecitando un contraddittorio procedimentale in funzione collaborativa e difensiva. In tal modo, da un lato, si garantisce un apporto collaborativo del privato mediante l'introduzione di elementi istruttori o deduttivi suscettibile di apprezzamento da parte dell'organo procedente, dall'altro, si consente l'anticipata acquisizione in sede procedimentale di contestazioni (di natura difensiva) suscettibile di evidenziare eventuali profili di illegittimità delle ragioni ostative preannunciate dall'Amministrazione. L'applicazione del citato art. 10 bis permette, dunque, all'organo procedente di esaminare anticipatamente le deduzioni svolte dall'istante, al fine di pervenire ad una motivata decisione idonea a statuire su tutti i profili controversi influenti sulla regolazione del rapporto amministrativo. Tuttavia, tale disciplina deve essere coordinata con le previsioni di cui all'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241/1990, dovendosi accogliere un'interpretazione funzionale delle disposizioni in tema di partecipazione procedimentale, al fine di evitare l'annullamento di provvedimenti che, benché assunti in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, presentino comunque un contenuto dispositivo che non avrebbe potuto comunque essere diverso da quello in concreto adottato".

42 Nel medesimo senso, D. PROFILI, *Decreto semplificazioni e procedimento amministrativo – il nuovo preavviso di rigetto*, in <https://www.ildirittoamministrativo.it/Decreto-semplificazioni-procedimento-amministrativo-l-nuovo-preavviso-di-rigetto-Profilo/ted677>

negargli il bene della vita auspicato (non è un caso che il contraddittorio che si instaura con l'art. 10 *bis* sia stato definito “rinforzato”).

Alla luce delle considerazioni che precedono non può sottacersi del fatto che il periodo introdotto all'art. 21 *octies*, seconda parte, nonostante le critiche richiamate, abbia comunque avuto il merito di aver contribuito a far chiarezza sulla portata applicativa della sanatoria processuale, affidando questa volta al legislatore e non più al giudice la delineazione dei relativi confini.

3.3 La motivazione nel preavviso di rigetto e i margini di valutazione dell'amministrazione in caso di riedizione del potere in seguito all'annullamento da parte del giudice

L'art. 12 comma 1, lett. e), della legge n. 120/2020, ha inciso su un ulteriore profilo dell'art. 10 *bis*, disponendo che: *“qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni”*.

La nuova formulazione, differenziandosi dalla precedente che prevedeva un generico obbligo di dar conto dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni addotte dal privato, rafforza l'obbligo motivazionale⁴³, laddove afferma che l'amministrazione, nel caso di provvedimento negativo adottato in seguito al supplemento di partecipazione scaturito dal preavviso di rigetto, debba dar conto delle ragioni dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni.

La disposizione puntualizza, altresì, che nel provvedimento finale di diniego, l'amministrazione, indicherà, *se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni*⁴⁴. La motivazione finale non dovrà pertanto

43 Sulla motivazione cfr. Tar Campania, Napoli, sez. III, 2 marzo 2020, n. 947, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it

44 La natura diversa e ulteriore di motivi di diniego (che devono corredare la motivazione) deve, infatti, essere indagata non in senso formalistico, ma guardando all'effettiva vicenda fattuale e giuridica come emerge dall'istruttoria procedimentale prima e dalla complessiva motivazione poi, poiché se è vero che non deve sussistere un rapporto di identità e di perfetta corri-

contenere un'analitica confutazione delle osservazioni procedurali svolte dalla parte, ai sensi dell'art. 10 *bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, essendo sufficiente che dalla motivazione si evinca che l'amministrazione abbia tenuto conto, nel loro complesso, di quelle osservazioni e controdeduzioni per la corretta formazione della propria volontà⁴⁵. Si instaura così una sorta di parallelismo, “i motivi ostativi indicati nel preavviso di rigetto devono coincidere con quelli posti a fondamento del successivo provvedimento negativo che potrà essere integrato soltanto da considerazioni che sono la conseguenza delle osservazioni”⁴⁶.

La norma specifica poi che “*il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego*”.

Tale formulazione induce ad interrogarsi sul significato da attribuire all'espressione autorità competente.

In ragione del distinguo operato dal legislatore tra il responsabile e l'autorità competente (in genere il preposto all'organo cui appartiene il responsabile) risulta plausibile ritenere che l'estensore sia incorso in una trascuratezza redazionale e che con tale formulazione abbia voluto semplicemente richiamare il contenuto del dettato di cui all'art. 6, lett. e)⁴⁷ che individua, ove ne abbia competenza, il responsabile del procedimento come soggetto deputato ad adottare il provvedimento finale o in alternativa altro soggetto, in genere il responsabile dell'organo cui è incardinato il responsabile, diverso dal primo⁴⁸. La

spondenza tra il preavviso di rigetto e la determinazione conclusiva del procedimento, potendo l'amministrazione precisare la propria determinazione anche alla luce delle osservazioni del privato, è altresì necessario che il contenuto sostanziale del provvedimento conclusivo del diniego si inserisca comunque nello schema delineato dalla comunicazione resa ai sensi dell' art. 10 *bis* della legge 241/1990.

45 Consiglio di Stato sez. V, 6 settembre 2022, n. 7763.

46 Così G. MILO, ult. op. cit., 7.

47 Art. 6, lett. e) “*adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale*”.

48 A tal riguardo G. MILO, ult.op.cit, 8, la quale ritiene che “La legge nel richiamare e distinguere il responsabile del procedimento e autorità competente forse porta un primo, indiretto, richiamo all'idea che potrebbe essere opportuno, ai fini di imparzialità, distinguere l'organo che assume la predeterminazione a fondamento del preavviso di diniego dall'organo che valuta l'apporto

disposizione andrebbe dunque letta interpretando l'autorità competente come il soggetto deputato ad adottare la decisione finale, quando questa non spetti al responsabile del procedimento.

La legge n. 120/2020, introduce poi un ulteriore elemento di novità: *“In caso di annullamento 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”*, elaborando un testo che mira a segnare un punto nel dibattito formatosi sul rapporto tra il principio di inesauribilità del potere ed effettività della tutela⁴⁹.

La *ratio* più plausibile della disposizione sembra essere quella di circoscrivere la portata del principio di inesauribilità del potere amministrativo in sede di suo riesercizio a seguito dell'annullamento del provvedimento da parte del giudice⁵⁰, prevedendo l'art. 10 *bis* limiti ulteriori rispetto a quelli derivanti dall'effetto conformativo della sentenza⁵¹.

Si rammenta, infatti, che tradizionalmente, muovendo dal principio di inesauribilità del potere amministrativo e sull'assunto che il giudicato copra solo i vizi del provvedimento esposti nel ricorso⁵², è stato ritenuto che a seguito della sentenza di annullamento residuasse sempre in capo all'amministrazione, il potere di adottare un nuovo provvedimento⁵³.

procedimentale del privato e assume la decisione finale”.

49 Sull'inesauribilità del potere cfr., G. DE GIORGI CEZZI, *Sulla “inesauribilità” del potere amministrativo*, in *Urb. e App.*, 2002; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 224.

50 Sul punto cfr. Relazione illustrativa del d.l. Semplificazioni.

51 Così D. PROFILI, *ult.op.cit.*

52 Sul giudicato cfr. F. BENVENUTI, voce *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1969, Vol. XVIII, 893 ss.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, Cedam, 2005; A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc.amm.*, 2006, 919 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, 1 ss.

53 Sul fatto che il giudicato non consuma il potere dell'amministrazione di provvedere, se non per gli aspetti da esso coperti, cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2006, n. 2714, “Nel caso di giudicato di annullamento per difetto di motivazione, non può escludersi il potere della pubblica amministrazione di provvedere negativamente in ordine all'oggetto dell'atto precedentemente annullato, essendole imposto soltanto di esplicitare adeguatamente i motivi posti alla base della nuova determinazione, motivi non sufficientemente o dichiaratamente espressi in prece-

Come sappiamo però l'effetto conformativo della sentenza di annullamento vincola la successiva attività dell'Amministrazione di riesercizio del potere, atteso che il giudice, una volta accertata l'invalidità dell'atto e i motivi che la provocano, stabilisce (in maniera più o meno piena a seconda del tipo di potere che viene esercitato e della natura del vizio formale o sostanziale riscontrato) il corretto modo di riedizione del potere, dettando così la regola alla quale l'amministrazione si deve attenere nella sua successiva attività. L'effetto conformativo incontra tuttavia un limite, essendo circoscritto ai motivi che l'amministrazione ha posto a fondamento del provvedimento che è stato impugnato e poi annullato, non estendendosi dunque a quella parte delle ragioni non rilevate

⁵⁴.

A fronte del riesercizio del potere da parte dell'amministrazione, il rischio che il privato possa essere potenzialmente destinatario di una pluralità di provvedimenti negativi fondati su motivi diversi rispetto a quelli oggetto della sentenza, tali da comprometterne una tutela piena ed effettiva, ha spinto sia la dottrina, che la giurisprudenza a ricercare dei temperamenti alla riedizione del potere dell'amministrazione⁵⁵.

Secondo un primo orientamento, definito dell' "*one shot*" puro⁵⁶, l'amministrazione nella motivazione del provvedimento sarebbe tenuta ad esporre in modo analitico tutte le ragioni che sono a fondamento della decisione adottata,

denza".

⁵⁴ G. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, Neldiritto editore, 2021, 874, che evidenziano altresì che: "Ovviamente è altresì necessario che il secondo provvedimento non risulti adottato in elusione del giudicato: il che ne determinerebbe la radicale nullità ex art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990, rilevabile dal giudice dell'ottemperanza ai sensi dell'art. 114, comma 3, lett. b), c.p.a."

⁵⁵ In argomento N. SPADARO, *La tutela degli interessi oppositivi tra riedizione del potere successiva al giudicato e risarcimento del danno da disturbo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2021, 781, richiama sia quella tesi secondo cui "deve ritenersi sussistente un onere in capo alla Pubblica amministrazione, già dalla prima spendita del potere amministrativo di dedurre tutti i fatti costitutivi del potere, con preclusione della loro deduzione in qualsiasi momento successivo", sia quell'elaborazione pretoria secondo cui "sussiste un potere dovere dell'Amministrazione di attivarsi affinché l'istruttoria procedimentale sia il più possibile rappresentativa della realtà" (Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1355; Cons. Stato, sez. VI 23 febbraio 2004, n. 695).

⁵⁶ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, 37.

essendole precluso, a seguito dell'intervenuta sentenza di annullamento, di riesercitare il potere in senso analogo. Essa potrebbe dunque rideterminarsi soltanto sulla base di diversi presupposti e motivi.

Tale impostazione tuttavia non è andata esente da critiche per due ordini di ragioni: la prima è che essa mal si concilierebbe con i principi di efficacia e di efficienza, la seconda è che l'amministrazione sarebbe inevitabilmente esposta ad un gravoso obbligo motivazionale⁵⁷.

Una diversa tesi di matrice processualcivilistica - muovendo dall'assunto che anche il giudicato amministrativo, al pari di quello civile, coprisse il dedotto e il deducibile, con conseguente estensione della preclusione del giudicato anche alle questioni non dedotte nel giudizio - ha affermato che "la riedizione del potere, con commissione di nuovi vizi, integra una violazione del giudicato ogni qualvolta i nuovi vizi siano derivati da una nuova valutazione su aspetti controversi e non indicati dal giudicato come necessitanti di una nuova valutazione"⁵⁸.

Accanto a tali posizioni ne è emersa un'ulteriore, definita "mediana", in base alla quale, a seguito della formazione del giudicato, la pubblica amministrazione possa sì riesercitare il proprio potere (discrezionale), ma soltanto una sola volta (*one shot* temperato)⁵⁹.

Se è pur vero, infatti, che nel nostro ordinamento il riesercizio del potere discrezionale non può essere precluso in via assoluta⁶⁰, tuttavia, in seguito alla formazione del giudicato, l'amministrazione sarà tenuta a "riesaminare l'affare nella sua interezza", non potendo in seguito ritornare sulla propria decisione anche in relazione a profili non valutati⁶¹. Ciò al fine di segnare un punto defi-

57 In tal senso R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 875.

58 Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321.

59 Aderiscono a tale impostazione Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134; Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2015, n. 1686; Cons. Stato, sez. IV, 24 giugno 2020, n. 4057.

60 D. SERRA, *ult.op.cit.*, 7.

61 Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660; Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2014, n. 1457, entrambe reperibili in www.giustiziaamministrativa.it

nitivo alla vicenda tra privato e amministrazione, impedendo l'adozione reiterata di una serie di atti sfavorevoli per il destinatario fondati su profili diversi rispetto a quelli coperti dal giudicato.

Occorre tuttavia effettuare una precisazione: il principio del “*one shot*” temperato non preclude però la possibilità di considerare i fatti sopravvenuti, i quali possono, senza preclusione alcuna, formare oggetto di valutazione nel nuovo *iter* procedimentale⁶².

Nel dibattito, al fine di far luce sul problema relativo all'individuazione di un equilibrato assetto tra giudicato e riedizione del potere, è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la pronuncia n. 2 del 2013, la quale ha affermato che “l'esigenza di certezza, propria del giudicato, ossia di un assetto consolidato di interessi coinvolti, non può proiettare l'effetto vincolante nei riguardi di tutte le situazioni sopravvenute di riedizione di un potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza”⁶³. Laddove la riedizione del potere sia fondata su una diversa valutazione dei fatti implicitamente o esplicitamente oggetto del giudicato, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto (arrivando ad una soluzione di compromesso tra il valore dell'effettività tutela e quello della “salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione”) che non possa escludersi, in via generale, la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame da parte del giudice.

Alla luce di tali argomentazioni l'Adunanza plenaria ha, pertanto, concluso di non poter condividere quelle tesi fondate sul principio di effettività della giustizia amministrativa che affermano il divieto di riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole, in quanto contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione, pur precisando tut-

62 Cons. Stato, sez. IV, 25 maggio 2014, n. 1457 e Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1686.

63 Così Ad Plen Cons. Stato, n. 2/2013 nella parte del considerato in diritto.

tavia che la riedizione del potere deve essere sottoposta a precisi limiti e vincoli⁶⁴.

In sede di primi commenti delle modifiche introdotte all'art. 10 *bis*, dalla legge n. 120/2020 da più parti si è affermato che il legislatore abbia elaborato una soluzione che pare avvicinarsi a quella dello “*one shot*” puro⁶⁵. All'amministrazione sarebbe infatti precluso, in sede di adozione del provvedimento, di effettuare delle valutazioni che non siano conseguenza delle osservazioni e della documentazione prodotte dal privato, o di addurre a fondamento di un diniego “motivazioni emergenti nell'istruttoria di cui non fosse dato conto nella prima comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento (e dunque nel successivo annullamento)”⁶⁶. In questo caso, come è stato evidenziato, alla portata conformativa tipica della sentenza di annullamento (variabile, come noto, in base alla tipologia delle censure accolte) si aggiungerebbe “una sorta di effetto preclusivo *ex lege*, che impedirebbe all'amministrazione di porre a fondamento della decisione, in sede di rinnovazione del potere innescato dalla sentenza caducatoria, motivi già emergenti dall'istruttoria e non esternati in sede provvedimentoale”⁶⁷.

Di recente la tesi del recepimento nell'art. 10 *bis* dello *one shot* puro è stata messa in discussione da chi ha invece letto nella norma la presenza dello *one shot* temperato⁶⁸.

64 In senso analogo si è posto anche Cons. Stato sent. n. 1321/2019 laddove ha affermato che quando è impugnato un provvedimento discrezionale i limiti oggettivi del giudicato sono ancorati agli specifici argomenti di fatto e di diritto che integrano la violazione accertata dal giudice.

65 In tal senso P. CHIRULLI, “*The anatomy of administrative law*”: suggestioni di una lettura, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 646 ss.; G.A. PRIMERARO, *Esecuzione del giudicato amministrativo e prescrizione dell'azione di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 157 ss.

66 Così G. SERRA, cit., 8.

67 M. BROCCA, *Il preavviso di diniego e la costruzione della decisione amministrativa (nota a Tar Campania, Napoli, sez. III, 7 gennaio 2021, n. 130)*, in www.giustiziansieme.it, che rileva che: “Nel nuovo dettato normativo emerge che l'effetto preclusivo del preavviso di diniego si prolunga e si riverbera anche sull'attività amministrativa ulteriore ad una pronuncia giurisdizionale di annullamento”.

68 M.R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *Federalismi*, 6 aprile, 2022, 155, il quale sottolinea come nella fattispecie dell'art. 10 *bis*, come modificato dalla legge n. 120/2020, non si sia “dinnanzi a un caso ove l'Amministrazione può pronunciare

Al di là della riconduzione dello schema procedimentale dettato dal nuovo art. 10 *bis* all'uno o all'altro principio, ciò che appare chiaro è l'intento del legislatore, peraltro esternato nella Relazione illustrativa del d.l. Semplificazioni, quello cioè di evitare che l'annullamento derivante dal mancato accoglimento delle osservazioni del privato, a seguito della comunicazione dei motivi ostativi, “dia luogo a plurime reiterazioni dello stesso esito sfavorevole con motivazioni sempre diverse, tutte ostative, parcellizzando anche il processo amministrativo”

⁶⁹.

Altra questione è invece se la disposizione novellata abbia effettivamente raggiunto lo scopo voluto e in particolare se abbia conseguito l'intento di circoscrivere la portata del principio di inesauribilità del potere amministrativo.

Il legislatore nella nuova formulazione dell'art. 10 *bis* ha introdotto una preclusione procedimentale quando ha stabilito l'impossibilità per l'amministrazione, a seguito dell'annullamento del diniego (adottato in seguito all'invio della comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza), di riprodurre le ragioni poste a fondamento dello stesso in un momento successivo.

Vero è però che la disposizione riformata non funge da preclusione assoluta, residuando, a ben vedere, degli spazi aperti alla riedizione del potere⁷⁰.

La norma fa infatti riferimento al provvedimento “così adottato”, lasciando intendere che la preclusione operi quando si sia fedelmente riprodotto

si una sola volta in modo negativo all'istanza del privato, prescrivendo, invece il nuovo periodo dell'art. 10 *bis*, che, una volta intervenuto l'annullamento giurisdizionale del provvedimento di diniego, illegittimo perché magari insufficientemente motivato quanto al suo non accoglimento delle osservazioni presentate dal privato a seguito del preavviso di rigetto, l'Amministrazione debba decidere la fattispecie nella sua interezza, esercitando una volta per tutte il suo potere in modo conforme al giudicato e non basando un eventuale ulteriore provvedimento di diniego su circostanze e ragioni già emerse nella fase istruttoria e che sono state o avrebbero dovuto essere comunicate all'interessato”.

⁶⁹ Così la Relazione illustrativa al d.l. semplificazioni.

⁷⁰ Sul P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo e i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 31 ss. che sottolinea, se pur in riferimento alla precedente formulazione dell'art. 10 *bis*, la inidoneità del preavviso di rigetto a rappresentare la base normativa per la preclusione del riesercizio del potere in senso sfavorevole al privato.

lo schema procedimentale descritto dalla norma⁷¹. Ne deriverebbe pertanto che nessun impedimento alla riedizione del potere potrebbe configurarsi nell'ipotesi in cui l'amministrazione si astenga dall'inviare al privato la comunicazione dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda o diversamente nel caso in cui tale adempimento sia effettuato dall'amministrazione, ma il privato ometta di presentare osservazioni, o quando, ancora, l'amministrazione non dia conto dei motivi del mancato accoglimento delle osservazioni.

A ciò si aggiunge un'ulteriore circostanza evidenziata in dottrina. Se a seguito dell'annullamento del diniego per vizi concernenti l'istruttoria⁷² si dovesse configurare la necessità di procedere alla sua rinnovazione o anche soltanto alla sua integrazione, la preclusione procedimentale non potrebbe operare, con conseguente possibilità di poter porre a fondamento del nuovo diniego eventuali nuovi motivi che dovessero emergere nel corso della istruttoria ripetuta o integrata.

In tempi recenti non è mancata da parte della giurisprudenza l'evidenziazione di come a fronte di una pronuncia giudiziale che impone una rivalutazione su taluni profili, la preclusione di cui all'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990 si troverebbe ad essere comunque recessiva.

Atteso che quando è lo stesso giudicato a devolvere il riesame della fattispecie all'Amministrazione, affermando solo dei principi guida, essa deve necessariamente poter apprezzare, a tal fine, anche il materiale già versato nella prima istruttoria. "L'esigenza di un completo accertamento risulta, in questo senso, superiore a quella dell'operatività di un automatico meccanismo preclusivo, cosicché a fronte di un primo diniego cui segue un giudicato di annulla-

⁷¹ A tal riguardo cfr. L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto di giustizia*, cit., 573 ss.

⁷² Sul punto cfr. M. CLARICH, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2022, 39: "quanto al modello della preclusione di cui all'art. 10-bis della l. n. 241/1990, occorre prestare particolare attenzione, in quanto la preclusione è un fatto meccanico, anche contingente, occasionale, che non consente di stabilire per quale motivo l'istruttoria non sia stata completa o il provvedimento non abbia rilevato tutti gli elementi utili all'accertamento".

mento, la pubblica amministrazione sarebbe onerata, nella sua attività conformativa al giudicato, di riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione — solo a questo punto, e quindi, in sostanza, dopo il secondo diniego — di tornare a decidere sfavorevolmente per il richiedente”⁷³.

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere che il tentativo del legislatore di “circoscrivere” la riedizione del potere a seguito dell’annullamento giurisdizionale pare assumere una portata ridotta rispetto a quella auspicata. In sostanza, il terzo periodo dell’art. 10 *bis* non contribuirebbe dunque ad intaccare il principio di inesauribilità del potere dell’amministrazione.

4. Conclusioni

Volendo formulare una valutazione complessiva di sintesi con riguardo alla novella dell’art. 10 *bis* preme evidenziare come la riforma abbia solo in parte composto alcune delle criticità pregresse, lasciando ancora aperte antiche questioni che nella Relazione illustrativa al d.l. Semplificazione si era dichiarato di voler risolvere.

Può senz’altro spendersi un giudizio positivo riguardo alle modifiche che hanno interessato la sostituzione del lemma interruzione con quello di sospensione, ponendo dunque fine alle diverse interpretazioni sorte sul punto, così come quella di assegnare all’amministrazione un periodo aggiuntivo di “dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni”, in modo da consentire a quest’ultima di effettuare una miglior ponderazione/valutazione dell’apporto del privato.

Con riguardo alla previsione che esclude l’applicabilità della sanatoria processuale di cui all’art. 21 *octies*, comma 2, secondo periodo, all’omesso invio del preavviso di rigetto, giusto le considerazioni svolte nel paragrafo 3.2, occor-

73 CONS. ST., SEZ. VI, 4 MAGGIO 2022 N. 3480. Cfr. sul punto Osservatorio sulla giustizia amministrativa, AA.VV., Foro Amministrativo (II), fasc.3, 1 marzo 2022, 307.

re interrogarsi se aggiungere il terzo periodo alla disposizione in esame fosse da considerarsi effettivamente necessario.

L'interpretazione letterale della norma farebbe propendere per ritenere l'*addenda* superflua, atteso che appare evidente come la sanatoria processuale di cui al comma 2, seconda parte, dell'art. 21 *octies*, vada riferita, per espressa volontà del legislatore del 2005, unicamente ai casi di omessa comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7, della legge n 241/1990. Vero è però che l'affermarsi nel tempo dell'orientamento che ha equiparato le garanzie procedurali degli artt. 7 e 10 e la circostanza che la disposizione di cui all'art. 21 *octies* comma 2, non sia stata considerata come norma eccezionale, ha spinto il legislatore del 2020 a porre un freno all'elaborazione pretoria richiamata e a indicare la strada per una corretta interpretazione della norma.

Relativamente infine all'efficacia del novellato art. 10 *bis* a limitare o meno il riesercizio del potere amministrativo a seguito dell'annullamento del giudice amministrativo del provvedimento di diniego non pare che la disposizione in esame sia riuscita nell'intento. Si è osservato, infatti, come la preclusione procedimentale introdotta con la nuova formulazione dell'art. 10 *bis* non vada considerata come "assoluta", non operando nelle ipotesi in cui non sia stata riprodotta la sequenza descritta nell'art. 10 *bis* o nelle diverse ipotesi in cui l'amministrazione sia tenuta a rinnovare o integrare l'istruttoria. Se dunque una delle finalità perseguite dal legislatore era quella di circoscrivere o di inficiare il dogma dell'inesauribilità del potere essa non pare essere stata raggiunta.

La riforma poi nulla incide su una larga parte di procedimenti, non solo perché l'operatività dell'art. 10 *bis* resta limitata a quelli ad istanza di parte, ma soprattutto perché (nonostante la diversa intenzione espressa inizialmente nel d.l. semplificazioni) in fase di conversione è stata confermata l'esclusione dall'ambito di applicazione del preavviso di rigetto delle procedure concorsuali, assistenziali e previdenziali.

MARCO CIRACÌ

Dottorando di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche e
dell'Impresa dell'Università Lum Degennaro

ciraci.phdstudent@lum.it

BENI COMUNI: PROSPETTIVE SOSTANZIALI E PROCESSUALI

COMMON GOODS: SUBSTANTIAL AND PROCESSUAL PROSPECTIVES

SINTESI

La distinzione tra proprietà pubblica e proprietà privata, pur scolpita dall'art. 42 della Costituzione italiana, non sembra più adattarsi alla moderna coscienza sociale e all'emergente quadro assiologico ordinamentale. La logica dell'appartenenza e dell'esclusività è percepita da più parti come incompatibile con la necessità di garantire l'accesso diffuso a entità strumentali rispetto al libero sviluppo della persona: i beni comuni. Le sfide della modernità – *in primis*, lotta alle disuguaglianze e la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi - portano a domandarsi se, superando il binomio tra ciò che è pubblico e ciò che è privato, non sia possibile imboccare una terza via, che conduca a riconoscere alcuni beni (materiali o immateriali, naturali o umani) come accessibili a tutti, nell'ottica di un riconoscimento pieno ad ogni individuo del suo *status personae*. L'obiettivo del presente contributo è verificare quale sia lo spazio, alla luce del diritto positivo, per il riconoscimento della categoria dei beni comuni, tanto in una prospettiva sostanziale quanto in un'ottica processuale. Ci si interrogherà, in particolare, sulla possibilità di qualificare le *res communes omnium* come beni in senso giuridico, nonché sulla configurabilità, rispetto a ciò che dovrebbe essere comune, di situazioni giuridiche soggettive in capo al singolo *uti civis*. La prospettiva sostanziale, tuttavia, non potrebbe essere completa senza un esame delle possibili garanzie offerte dall'ordinamento sul versante processuale: ci si domanderà, pertanto, quali possibilità abbia la persona, individualmente o an-

che attraverso enti esponenziali, di azionare il processo, soprattutto alla luce della peculiare fisionomia assunta dalle condizioni dell'azione nel processo amministrativo.

ABSTRACT

The distinction between public property and private property, although resulting from art. 42 of the Italian Constitution, no longer seems to adapt to modern social consciousness and the emerging axiological legal framework. The logic of belonging and exclusivity is perceived by many as incompatible with the need to ensure widespread access to instrumental entities with respect to the free development of the person: common goods. The challenges of modernity - first and foremost, the fight against inequalities and the protection of the environment and ecosystems - lead to the question whether, by overcoming the binomial between what is public and what is private, it is not possible to take a third to recognize some assets (material or intangible, natural or human) as accessible to all, with a view to fully recognizing each individual of his or her *personae status*. The objective of this contribution is to verify what is the space, in the light of positive law, for the recognition of the category of common goods, both from a substantive perspective and from a procedural point of view. In particular, we will question the possibility of qualifying the *res communes omnium* as goods in the juridical sense, as well as the configurability, with respect to what should be common, of legal situations for the single *uti civis*. The substantive perspective, however, could not be complete without an examination of the possible guarantees offered by the legal system on the procedural side: we will therefore ask ourselves what possibilities the person has, individually or even through exponential bodies, to activate the process, especially to the light of the peculiar physiognomy assumed by conditions of the action in the administrative process.

PAROLE CHIAVE: beni comuni; situazioni giuridiche; legittimazione a ricorrere; interesse a ricorrere; ambiente.

KEYWORDS: common goods; legal situations; legitimacy; interest in acting; environment.

INDICE: 1. Introduzione - 2. Nozione tradizionale di bene, beni comuni e situazioni giuridiche soggettive - 3. Prospettive nella storia moderna: da Villa Borghese alle lagune di Venezia - 4. Beni comuni, interessi comuni ed interessi diffusi - 5. Il problema della legittimazione a ricorrere - 6. Rilevanza individuale dei beni comuni: l'esempio dei beni ambientali - 7. La legittimazione sovraindividuale: il ruolo degli enti esponenziali - 8. Nuove prospettive. L'art. 118, co. 4 Cost. e la sussidiarietà orizzontale - 9. Una nuova legittimazione processuale - 10. Ancora sui beni ambientali: differenziazione come principio generale - 11. Un ostacolo ulteriore: l'interesse a ricorrere - 12. Il ruolo dell'azione popolare - 13. La conferma nel diritto penale - 14. Alcune riflessioni conclusive.

1. Introduzione

«La proprietà è pubblica o privata». L'art. 42 Cost. riconosce il diritto dominicale come ancipite, dotato di un duplice statuto a seconda della sua titolarità; esiste una dicotomia rigida (per cui il bene o è pubblico o è privato) dalla quale l'interprete non dovrebbe poter prescindere, basata su un concetto di appartenenza e sull'idea di Stato come apparato, piuttosto che come comunità¹. Anche il codice civile si inserisce nei medesimi binari: il capo II della sezione III del titolo I del Libro III è intitolato «Dei beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici» e detta una disciplina della proprietà pubblica, contrapposta a quella privata, avente come presupposto la natura pubblica del soggetto titolare del bene, a prescindere dalla funzione cui lo stesso sia preposto².

1 M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, Giuffrè, 19: «Sotto un diverso profilo, l'eclatante conio del demanio eventuale, da un lato, e la fioritura del patrimonio indisponibile naturale, dall'altro, avvaloravano l'idea di una fungibilità sostanziale della categoria del patrimonio indisponibile rispetto a quella del demanio; il che, a fortiori dopo l'entrata in vigore della Costituzione (il cui artt. 42, comma 1, dispone "La proprietà è pubblica o privata"), incoraggiava la proposizione di ricostruzioni volte ad assemblare entrambe le categorie sotto l'ombrello della "proprietà pubblica" o, per meglio dire, della proprietà di diritto speciale dello Stato-persona e, in genere, di tutti gli enti pubblici, distinta dalla "proprietà privata" o di diritto comune degli stessi enti, cioè dal loro patrimonio disponibile».

2 La dicotomia concettuale tra pubblico e privato è efficacemente sottolineata da U. MATTEI, nell'opera *"Beni Comuni. Un manifesto"*, VII ed., Roma-Bari, Laterza, 2011, 34: «Dopo la violentissima epopea delle enclosures i modelli rimasero sempre due, ossia quello dello Stato sovrano e quello della proprietà privata. Con la morte dell'intelletto generale, questi due modelli rappresentano ancora oggi il campo delle possibilità e sono presentati dalla dominante retorica della modernità come contrapposti: per il liberalismo costituzionale lo Stato rappresenta il pubblico, mentre la proprietà, paradigma del privato, è fondativa del mercato. Le due nozioni dominanti, Stato e proprietà privata, colonizzano interamente l'immaginario».

Questo regime si riflette anche sul piano delle garanzie: l'art. 823, co. 2, c.c. prevede che la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico spetti all'autorità amministrativa, che ne è appunto titolare. Nessun ruolo viene riconosciuto al cittadino, che pure dello Stato inteso come comunità fa parte³.

Il diritto oggettivo si pone in linea con l'idea che, sul versante prettamente economico, l'appartenenza individuale costituisca condizione indispensabile per il corretto funzionamento del mercato, in virtù dell'incapacità dell'uomo di rapportarsi con gli altri in modo efficiente quando la proprietà è comune⁴.

Negli anni, tuttavia, si sono moltiplicate le affermazioni di inadeguatezza della proprietà pubblica – e del binomio con ciò che è privato – a garantire, secondo canoni di solidarietà ed eguaglianza, la tutela dei diritti fondamentali. La necessità di superare disuguaglianze sociali ed economiche ha perciò portato alla costruzione di una nuova categoria giuridica, quella dei beni comuni⁵. Questi ultimi sarebbero dei beni appartenenti ad una collettività non definita, inidonei ad essere oggetto di limitazioni da parte del diritto privato e del diritto pubblico, in quanto a disposizione di tutti⁶.

3 R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, trad. it. a cura di M. LOSANO, I ed., Torino, Einaudi, 1972, 394: «la nostra scienza moderna, invece dei singoli membri (in funzione dei quali esiste la persona giuridica; cioè invece dei destinatari o dei soggetti dello scopo della persona giuridica, come li chiamo io), prende in considerazione la persona giuridica, come se questo ente soltanto pensato, che non può né godere, né sentire, avesse un'esistenza autonoma».

4 E. D'AGOSTINO, G. SOBBRIO, *Introduzione all'analisi economica del diritto*, Torino, Giappichelli, 2020, 78: «Un esempio molto semplice può essere di aiuto a comprendere quanto detto. Se tutti i campi fossero pubblici, nel senso che chiunque può coltivarli e raccogliergli i frutti, ciascuno sarà spinto a non coltivare la terra nel timore che qualcuno altro possa appropriarsi del raccolto. Al contrario, nel caso della pesca, si rischia il problema opposto: in assenza di regolamentazione, i pescatori sarebbero spinti a pescare senza limiti anche nel periodo di riproduzione dei pesci, compromettendo irrimediabilmente la pesca futura. Lo stesso può dirsi nel caso della moderna fabbrica: se la fabbrica fosse di tutti, nel senso che chiunque può utilizzare i suoi macchinari e produrre, i possibili rischi sarebbero o la sottoproduzione (nessuno produce per paura che altri approfittino delle proprie fatiche) o la sovrapproduzione (ciascuno produce più del dovuto logorando i macchinari). Si parla, quindi, di tragedia delle risorse comuni per indicare l'incapacità dell'uomo (di media razionalità) di rapportarsi con gli altri in modo efficiente quando la proprietà è comune».

5 A. LUCARELLI, *Costituzione e Beni comuni*, Napoli, Diogene Edizioni, 2013, 18. La categoria sottenderebbe «un nuovo modello di democrazia alternativa alle logiche della rappresentanza e della dicotomia pubblico/privato».

6 F. MARINELLI, (voce) *Beni comuni*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VII, Milano, Giuffrè, 2014, 157 ss.

Il tema ha acquisito ulteriore attualità nell'epoca delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni, che avrebbero aggravato il problema della dimensione mercantile del demanio; sarebbe emersa la necessità che alcune *res*, per il rilievo che assumono nello sviluppo della personalità umana, siano sottratte a logiche puramente economiche e tutelate per il bene comune⁷.

Ciò che affermava Salvatore Pugliatti e cioè che «la distinzione tra *res in commercio* e *res extra commercio* ha perduto di importanza»⁸, potrebbe allora essere rimeditato; si potrebbe, in una prospettiva rinnovata, ripartire proprio da quel distinguo, al fine di rimarcare lo scarto tra ciò che è meramente pubblico e ciò che è comune e, come tale, sottratto definitivamente alla dimensione del mercato⁹.

La categoria proteiforme dei beni comuni, dai confini incerti in quanto priva di una base legale, potrebbe in linea di massima includere quei beni, materiali o immateriali, non escludibili¹⁰, ma esauribili o rivali¹¹ (acqua¹², fiumi,

7 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012, 137: «Se si vuole indicare un ragionevole tratto unificante, questo può essere ritrovato nella volontà di sottrarre i beni compresi tra i patrimoni dell'umanità alla logica della sovranità nazionale, al dominio del mercato, alle prepotenze individuali e, conseguentemente, di salvaguardarne i caratteri perché di essi possa variamente goderne una pluralità, nella maggior parte di casi indeterminata, di soggetti».

8 S. PUGLIATTI, (voce) *Beni (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1962, 74.

9 A. LUCARELLI, *Costituzione e Beni comuni*, cit., 20 ss.

10 Assenza di escludibilità nel consumo: il consumo di un bene da parte di un individuo non implicherebbe l'impossibilità per un altro individuo di consumarlo allo stesso tempo.

11 GARRET HARDIN, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 1243 ss. L'Autore mise in rilievo la tendenza di ciascun individuo all'iper-consumo di tali risorse, che porta inevitabilmente al loro esaurimento e incapacità di riproduzione.

12 Il dibattito sui beni comuni si è recentemente riproposto con forza proprio in tema acque pubbliche. Il d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni nella legge 20 novembre 2009, n. 166 (c.d. decreto Ronchi), infatti, all'art. 15 privatizzava la gestione dei servizi idrici. Esso, stabiliva che «il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene in via ordinaria a favore di imprenditori o società in qualunque forma costituite [...] e a società a partecipazione mista pubblica e privata» (il cui privato abbia almeno il 40%) e in via eccezionale (a seconda dalle «peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento») che «non permettono un efficace e utile ricorso al mercato») a società a capitale interamente pubblico. I fautori della privatizzazione, in realtà, negavano che si trattasse di una vera e propria liberalizzazione: l'acqua sarebbe rimasta pubblica; solo il servizio idrico sarebbe stato liberalizzato. Secondo U. MATTEI, (voce) *Proprietà (nuove forme di)*, *Enc. dir.*, Annali, vol. V, Milano, Giuffrè, 2012, 1122 «è risultato vincente l'argomento per cui trattandosi di acqua potabile, adatta al suo scopo soltanto nella misura in cui captata, purificata e distribuita, chi controlla il processo distributivo in realtà determina l'accessibilità al bene e

aria, laghi, lidi, foreste, ma anche la conoscenza, la rete), funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali e di cui va garantita la fruizione collettiva¹³.

In termini economici, questa categoria si differenzerebbe sia da quella dei beni privati, al contempo escludibili e rivali (ad esempio, gli alimenti o il vestiario), sia da quella dei beni pubblici, per definizione non escludibili e non rivali (l'illuminazione pubblica), nonché da quella dei cc.dd. beni di club, non rivali ma escludibili (autostrade a pedaggio)¹⁴.

Si tratterebbe di entità dall'indubbio rilievo costituzionale¹⁵: in particolare, dagli artt. 2, 9 e 42 Cost. si ricaverebbe «il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del paesaggio, con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa-codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto di proprietà dello Stato ma anche riguardo ai beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività»¹⁶.

Il legame tra beni comuni e Costituzione andrebbe anche oltre: si pensi al ruolo del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost.¹⁷,

dunque è portatore delle più centrale fra le prerogative proprietarie». Il Referendum del 13 giugno del 2011, infatti, ha comportato l'abrogazione dell'art. 15 suddetto.

13 G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2020, 150. L'Autore parla più precisamente di «beni a consumo non rivale, ma esauribile».

14 Per una più esaustiva ricostruzione si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Bologna, Mulino, 2019, 414 ss.

15 In senso contrario si veda E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminata*, 2013, Bari, Laterza, 35 ss., secondo cui: «Francamente, mi pare che, anche a voler forzare un'interpretazione, lo spazio che la Costituzione italiana riserva all'eventualità de beni comuni sia residuale. Ahimè, la proprietà è pubblica o privata. Ciò che sembra premere ai costituenti è soprattutto – e non è poco, e andrebbe riscattato dall'oblio – che la proprietà privata non sia in contrasto con l'interesse generale dello Stato e con i diritti fondamentali della persona e del cittadino».

16 Cass., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Dir. e giur. Agr.*, 2011, 7, con nota di L. FULCINITI.

17 In base al quale, spetta alla «Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

alla possibilità che l'art. 43 Cost. ammette di riservare «imprese o categorie di imprese» a «comunità di lavoratori o utenti»¹⁸, nonché alla c.d. sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4, Cost.¹⁹.

I beni comuni, a prescindere dal titolo di proprietà (pubblico o privato), sarebbero direttamente serventi rispetto agli interessi della comunità: entità identificate dal basso, ovvero attraverso la percezione condivisa dell'idoneità degli stessi a soddisfare esigenze collettive (c.d. *res communes omnium*)²⁰.

Uno dei più grandi studiosi del tema rimarcava che parlare di beni comuni «significa mettere in discussione il carattere escludente della proprietà, escludere che ci siano soggetti che possano impadronirsi del potere di gestione»²¹, nonostante la definizione che di proprietà fornisce lo stesso codice civile, che all'art. 832 individua nel proprietario colui che è titolare del diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo. Una proprietà nuova e inclusiva, in cui il tradizionale *ius excludendi*, si evolve nella pretesa di tutti al godimento, portando alle estreme conseguenze la funzione sociale che il Costituente riconosce alla proprietà²².

18 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 108: «Si adotta così una logica istituzionale che svincola l'interesse non individualistico per determinati beni dal riferimento obbligatorio alla proprietà pubblica, alla tecnica delle nazionalizzazioni. Si apre una ben visibile terza via tra proprietà privata e pubblica [...]».

19 Che dispone: «Stato, Regioni, Città metropolitane, province e Comuni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». La valorizzazione della sussidiarietà orizzontale ha comportato la nascita di nuovi modelli di amministrazione condivisa: forme di cooperazione tra Amministrazione e amministrati per la cura di beni di interesse comune. Con tali strumenti l'Amministrazione abbandona il classico modello autoritativo, per sposare logiche di condivisione e parità: i cittadini divengono soggetti attivi tali da integrare le risorse di cui dispone l'Amministrazione e da assumersi una parte di responsabilità nella gestione del bene comune. Sul tema vedi M.F. ERRICO, *Modelli di gestione dei beni comuni: i patti di collaborazione*, in *Foro Amm.*, 2019, 2201 ss.

20 A. LUCARELLI, *Costituzione e Beni comuni*, cit., 22.

21 S. RODOTÀ, *I beni comuni, L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, Napoli, La scuola di Pitagora, 2018, 36.

22 P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, IX ed., Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018, 228: «Nel sancire che la proprietà è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti (42, co. 2 Cost), il Costituente si rivolge al legislatore assegnandoli il compito sia di contemperare gli interessi proprietari con gli interessi degli altri soggetti, direttamente o indirettamente, attualmente o potenzialmente, coinvolti nel processo di utilizzazione

L'obiettivo del presente contributo è quello di verificare l'ammissibilità tanto sul versante sostanziale quanto su quello processuale della categoria dei beni comuni: le ambiguità che nel processo amministrativo legano l'interesse sostanziale alle condizioni processuali – legittimazione a ricorrere ed interesse ad agire – permettono di vagliare la questione sotto un duplice angolo visuale, giungendo a conclusioni perfettamente sovrapponibili.

Preliminarmente, ci si interrogherà circa la configurabilità di un interesse materiale del singolo rispetto al bene comune, come tale idoneo ad assurgere a dignità giuridica. Spostandosi sul versante processuale, si verificherà la possibilità che l'individuo, privo di legame con la *res* (se non il generico interesse alla sua conservazione), possa azionare il processo. Una nuova categoria di beni, non pubblici o privati, ma comuni all'uomo in quanto tale, intanto può seriamente essere accolta – in mancanza di un intervento legislativo - in quanto sia possibile ricostruire delle tecniche adeguate di tutela, azionabili da chiunque.

Ubi ius, ibi remedium. In una giurisdizione soggettiva, imperniata sulla tutela dei «propri diritti e interessi legittimi» (art. 24 Cost.), l'individuazione di un interesse giuridicamente rilevante rappresenta inevitabilmente un *prius* logico rispetto all'enucleazione delle garanzie.

L'alternativa è quella di ipotizzare un modello di tutela puramente oggettivo che, tuttavia, finirebbe inevitabilmente per ricondurre i beni comuni nel *genus* di ciò che è semplicemente pubblico²³.

del bene sia di rendere la proprietà accessibile a tutti. Questa prospettiva, imperniata su una visione personalistica e solidaristica della proprietà (2 e 42 Cost.), impone di rileggere, in chiave assiologica, l'intera disciplina codicistica».

23 La consapevolezza di ciò, d'altro canto, ha sorretto in passato il tentativo, infruttuoso, di riformare la disciplina codicistica dei beni pubblici, alla quale avrebbe dovuto affiancarsi il regime dei beni comuni. Con decreto del 21 giugno 2007 il Ministro della Giustizia affidò ad una commissione presieduta dal professore Stefano Rodotà il compito di esaminare la tematica dei beni comuni, onde riformare la disciplina codicistica dei beni pubblici. Venne elaborata una proposta che identificava i beni comuni nelle «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona», andando ad affiancare la suddetta categoria a quelle tradizionali dei beni pubblici e dei beni privati. Il loro rilievo, peraltro, era strettamente legato al principio di sostenibilità: la loro salvaguardia era concepita come necessaria anche a beneficio delle generazioni future. La titolarità formale dei beni comuni era concepita come alternativamente pubblica o privata; la titolarità sostanziale spettava, invece,

In assenza di riscontri nel diritto positivo, spetta all'interprete indagare eventuali spazi che l'ordinamento possa riservare alla tutela di certe *res*, quali patrimonio globale dell'umanità.

2. Nozione tradizionale di bene, beni comuni e situazioni giuridiche soggettive

Come anticipato, il punto di partenza si identifica con la comprensione circa la possibilità delle *res communes omnium* di essere intese quali beni in senso giuridico e, di conseguenza, di identificarsi in utilità oggetto di interessi giuridicamente rilevanti. In una prospettiva inversa, è indispensabile verificare se, rompendo la logica di appartenenza e di utilizzazione che pervade le maglie del nostro ordinamento, sia possibile concepire situazioni giuridiche il cui interesse materiale sia connesso ad un bene che è di tutti.

Orbene, un valido punto di partenza è rappresentato dalla nozione di beni che fornisce l'art. 810 c.c., quali «cose che possono formare oggetto di diritti». Sono beni, in senso giuridico, non tutte le *res* ma solo quelle idonee ad essere oggetto di diritti. Il termine «cosa», peraltro, è inteso in senso ampio, indicando entità materiali o immateriali (l'art. 814 c.c., infatti, considera beni mobili anche «le energie naturali che hanno un valore economico»).

Questa nozione di «beni» è prettamente giuridica: gli stessi si identificano in entità idonee ad assumere rilevanza per il diritto, in quanto oggetto di interessi giuridicamente tutelati²⁴. Si tratta di un *posterius* logico rispetto alla nozione di «cosa», che è, al contrario, pre-giuridica: la stessa identifica un elemento della realtà che viene preso in considerazione dal diritto e che, solo ove idoneo ad

alla collettività («In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge»). In caso di appartenenza pubblica, poi, ne era prevista la collocazione fuori commercio e ne era consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge, per una durata limitata e senza possibilità di proroghe. Sotto il profilo della tutela giurisdizionale, centrale nello sviluppo del presente contributo, la proposta attribuiva a «chiunque» la legittimazione ad agire per la salvaguardia, salvi i casi di esercizio dell'azione di danni al bene comune, per cui sarebbe stato legittimato in via esclusiva lo Stato.

24 V. ZENO-ZENCOVICH, (voce) *Cosa*, in *Dig. It. Disc. Prin.*, sez. Civ., vol. IV, Torino, Utet, 1989, 439.

integrare l'oggetto di un interesse giuridicamente rilevante²⁵, può divenire bene. Le cose mobili abbandonate, ad esempio, non ottengono detta qualificazione (c.dd. *res nullius*), essendo fuori dai circuiti della processualità giuridica²⁶: fintanto che non vengano occupate (923 c.c.), esse sono nulla, non esistendo per il diritto²⁷.

Tale nozione tradizionale, imperniata sull'idea di godimento esclusivo²⁸, mal si attaglia al concetto di beni comuni. Nella prospettiva codicistica ciò che è di tutti non può essere, al tempo stesso, di qualcuno in particolare. Ciò che appartiene a tutti, si potrebbe dire, non appartiene a nessuno.

Res nullius sarebbero, in un certo modo, i beni comuni: essendo di tutti, non sarebbero di nessuno. Sono cose, la cui tutela si inserisce all'interno del fuoco dell'interesse pubblico e che possono, in via occasionale, essere oggetto di un interesse legittimo ma che, di norma, sono ritenute oggetto di meri interessi di fatto.

La non escludibilità, la non appropriabilità e l'inedoneità a fornire utilità esclusivamente individuali sono connotati trasversali alla categoria dei beni comuni, tutti preclusivi rispetto alla possibilità di riconoscere dignità giuridica all'interesse di cui si fa portatore il *quisque de populo*, privo di una posizione qualificata e differenziata.

Quanto detto rappresenta un primo ostacolo verso l'ammissibilità, sul piano sostanziale, della categoria dei beni comuni: il diritto oggettivo²⁹, ricono-

25 F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, Jovene, 1985, 55, secondo il quale le cose «debbono essere utili, atte a soddisfare un bisogno umano, senza di che mancherebbe persino l'interesse giuridicamente tutelabile. Per la stessa ragione occorre che siano beni suscettibili di appropriazione: le cose non appropriabili, ancorché atte a soddisfare un bisogno umano, proprio perché comuni a tutti, come l'aria, l'acqua fluente e simili, non formano oggetto di rapporti giuridici».

26 C. MAIORCA, (voce) *Beni*, in *Enc. giur.*, vol. V, Roma, Treccani, 1988, 11.

27 S. PUGLIATTI, (voce) *Beni (Teoria generale)*, cit., 177: «Una *res nullius* può essere un bene economico, ma non dà vita ad un bene giuridico, se e non quando sia intervenuta l'occupazione ad opera di un determinato soggetto, che ne abbia acquistato il diritto di proprietà».

28 P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., 223.

29 N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, 102: «Rilevante è, dunque, il fatto che riceve un predicato giuridico; irrilevante, il fatto che non riceve un predicato giuridico: cioè, che non si alessa omogeneo con il contenuto di una descrizione normativa. L'irrilevanza non esprime una nota

scendo dignità giuridica ad un interesse, risolve un conflitto attuale. Com'è noto, infatti, gli interessi³⁰ altro non sono che aspirazioni di soggetti verso beni considerati idonei a soddisfare bisogni: l'escludibilità e la limitatezza di alcune entità comportano l'insorgere di conflitti tra soggetti, che il diritto si incarica di risolvere, attribuendo prevalenza di volta in volta ad uno degli interessi in gioco³¹.

Una situazione giuridica attiva, tale in virtù di un vaglio di meritevolezza ordinamentale³², declinabile in termini di prevalenza di interessi, si inserisce in un rapporto, dialogando inevitabilmente con una situazione giuridica passiva, specifica o generica. Quale conflitto è ipotizzabile rispetto ad una *res* inappropriabile, non idonea a fornire utilità esclusivamente individuali? In disparte il caso in cui, occasionalmente, il singolo possa dirsi portatore di una autonoma situazione di interesse legittimo³³, in virtù della differenziazione rispetto al po-

del fatto, ma la impossibilità del giudizio giuridico. Fatti rilevanti e fatti irrilevanti non sono due classi di fatti (o specie del medesimo genere): i fatti irrilevanti sono, per il diritto, un nulla; come un nulla sono i fatti, estranei all'interesse dello storiografo, e però non rievocati né ricostruiti dal pensiero». Per F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *giustizia-amministrativa.it*, 13, secondo il quale «la teoria generale è assai chiara nell'individuare nella norma, che seleziona i beneficiari dell'obbligo, la fonte dei criteri di individuazione del titolare di un interesse individuale, da distinguere dalla generalità dei consociati».

30 F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 67: «L'interesse non è il bene, ma il valore relativo che un determinato bene ha per un certo soggetto, sì che s'intende, fra l'altro, come in ordine allo stesso bene sia possibile una gradazione degli interessi di più soggetti».

31 E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Milano, Giuffrè, 2013, 367.

32 B. GILBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Milano, Cedam, 2020, 89. L'Autore, ricostruendo la genesi delle situazioni giuridiche soggettive ed esaminando la c.d. teoria normativa, rileva l'esistenza di «una stringente visione del principio di separazione dei poteri, che assegna essenzialmente al legislatore il compito di selezionare il giuridicamente rilevante e dunque anche gli interessi protetti, quali situazioni giuridiche soggettive capaci di fronteggiare il potere pubblico e, conseguentemente, di reclamare tutela innanzi al giudice amministrativo».

33 B. GILBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 125. «In tale prospettiva, si ritiene che si possa aderire a quelle opinioni che ritengono legittimato al processo amministrativo colui che contesti una decisione amministrativa su di un c.d. bene comune, allorquando abbia per ragioni di vita o di impegno personale con esso un rapporto comprovato a tutti i livelli esistenziali; ciò nella misura in cui nel processo amministrativo risulti comprovato che le decisioni amministrative, legittime o meno che siano, abbiano inciso sugli equilibri esistenziali di chi agisce, modificando il suo rapporto con il mondo che lo circonda».

tere pubblico che connota la sua posizione, è alquanto arduo ipotizzare l'esistenza di situazioni giuridiche tutelabili rispetto ad un bene comune³⁴.

Si è detto che uno dei connotati dei beni comuni dovrebbe essere la rivalità. Se ne potrebbe desumere, allora, che proprio il carattere esauribile della risorsa dovrebbe comportare la configurabilità di interessi rilevanti per il diritto, in conseguenza dell'ipotizzabilità di un conflitto. Verrebbe in gioco la tutela delle generazioni future, che impone la conservazione del bene in un'ottica intergenerazionale.

È per vero, tuttavia, che la rivalità non è un carattere relazionale di un bene, illuminandolo semplicemente nella sua dimensione oggettiva. In termini diacronici, la consumabilità della *res* può giustificare politiche conservative, piuttosto che la conformazione legale di un certo statuto proprietario ma non implicare il radicamento di un rapporto giuridico attuale.

È la non escludibilità, piuttosto, che designa i rapporti sincronici tra più soggetti rispetto alla medesima entità ed è alla luce di tale connotato che va sondata la configurabilità di situazioni giuridiche soggettive. Evidentemente, se non c'è esclusione non ci può essere conflitto. In disparte il caso del portatore occasionale di un interesse legittimo, individuale o collettivo, non ci può essere altra situazione giuridica soggettiva riconosciuta in favore del singolo cittadino.

In siffatto quadro, spostando l'attenzione dal profilo sostanziale a quello processuale, il risultato dell'indagine non muta. La giurisprudenza recente³⁵ ha

34 D'altro canto, la recente legge 20 novembre 2017, n. 168, pur riconoscendo la rilevanza assiologica e giuridica dei c.d. beni collettivi quali «elementi fondamentali per la vita e lo sviluppo delle collettività locali», ne attribuisce l'amministrazione agli enti esponenziali delle collettività titolari. C'è il riconoscimento di un dominio collettivo; stenta ad esserci, però, il riconoscimento di un ruolo per il singolo che nella dimensione collettiva si inserisce.

35 Cons. Stato, Ad. Plen., 20 aprile 2020, n. 6, in *giustizia-amministrativa.it*: «Com'è noto, la protezione degli interessi "diffusi", ossia adespoti, non consentita in via teorica a causa della mancata sussistenza del requisito della differenziazione che tradizionalmente qualifica la posizione giuridica di interesse legittimo, è stata sin dagli anni '70 assicurata attraverso il riconoscimento dell'esistenza di un interesse legittimo di natura collettiva imputabile ad un ente che, in forza del possesso di alcuni requisiti giurisprudenzialmente individuati (effettiva rappresentatività, finalità statutaria, stabilità e non occasionalità, in taluni casi collegamento con il territorio) diviene idoneo ad assumerne la titolarità (Cons. Stato, V, 9.3.1973, n. 253; Cass., S.U., 8.5.1978, n. 2207; Cons. Stato, A.P., 19.11.1979, n. 24)».

mostrato una certa ostilità nel riconoscere a singoli cittadini la legittimazione alla tutela di utilità superindividuali, in mancanza di uno stretto collegamento con il bene anelato. Nonostante ciò, plurimi sono stati i tentativi di estendere lo spazio di azione dell'individuo, persona fisica o giuridica³⁶, attraverso una rilettura in senso ampliativo delle categorie sostanziali e processuali.

3. Prospettive nella storia moderna: da Villa Borghese alle lagune di Venezia

Nonostante i concetti tradizionali parrebbero ostare al riconoscimento di dignità giuridica ai beni comuni, essi – così come il nodo della relativa tutela processuale – sono stati al centro di un percorso giurisprudenziale secolare, a partire dal 1887 e dalla celebre sentenza della Cassazione di Roma sull'uso pubblico di Villa Borghese³⁷.

36 M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, 9 ss. «Se anche l'interesse diffuso è nel suo tipo ideale sostanzialmente una realtà oggettiva – res extensa o processo dialettico che sia – un profilo soggettivo non può mancare e non viene fatto mancare. Esso è imposto dal fatto che pur sempre di bisogno umano latamente individualizzabile si tratta, cosicché la soggettività è necessariamente l'altra faccia dell'interesse diffuso, per cui proprio dalla tipica oggettività dell'interesse si genera l'ampia soggettività che l'accompagna. Il profilo soggettivo d'altronde è la condizione per poter consentire all'interesse diffuso l'accesso al mondo delle tutele giurisdizionali che conosce controversie fra soggetti e non fra un soggetto e un oggetto (l'interesse diffuso) o addirittura fra due oggetti (l'interesse diffuso e l'interesse della p.a. [...]) È la giurisprudenza che – sotto la spinta dell'esigenza largamente avvertita anche dalla dottrina – ha cercato, con opera cauta e talvolta contraddittoria, di aprire un varco nel cerchio e di conferire all'interesse diffuso una soggettivazione effettiva, la quale, senza perdere di vista la natura caratteristica di esso, consentisse pur non di meno di superare l'insufficienza del punto di vista tradizionale e la sua inidoneità ad aprire la via della tutela giurisdizionale. [...] Secondo una prima linea di sviluppo – la meno recente e che non conduce molto lontano – la giurisprudenza si occupa di selezionare nella massa degli interessi indifferenziati, quegli interessi per i quali sia possibile predicare il requisito della individualità, e la via nota e collaudata per pervenirvi è di operare con il concetto, usuale alla giurisprudenza non solo italiana, di *cercles d'intérêts*, ma è una soluzione possibile solo per ambiti ristretti di interessati: non è utilizzabile per le masse più vaste, per gli interessi a larga diffusione, che provocano i problemi più scottanti. In questi casi, evidentemente i più significativi, la giurisprudenza adopera metodi più raffinati: o individua, attraverso il procedimento amministrativo (non importa se con riferimento alla effettiva partecipazione al medesimo o alla mera possibilità di partecipazione ad esso) segni di specifica qualificazione dell'interesse da parte dell'ordinamento oppure ricerca collegamenti fra certi interessi e le formazioni sociali (in senso ampio) che ne appaiono portatrici. I due metodi sono meno dissimili di quanto si constati a prima vista e generalmente si creda».

37 A. DI PORTO, *Res in usu pubblico e beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino, Giappichelli, 2013, 51.

Il giudizio in questione era nato dalla decisione del principe Borghese, nel maggio 1885, di chiudere i cancelli della Villa. Pasquale Stanislao Mancini, difensore insieme a Lorenzo Meucci del Comune di Roma, definì il diritto del popolo di Roma in questi termini: «[tale diritto] non si limita al solo passaggio, ma comprende altresì il libero godimento, qualunque libero e prolungato trattamento e riposo nella Villa, la visita di qualunque parte del vasto luogo di delizia, godimento salutare ed igienico [...]; comprende il diritto di coglier fiori ed erbe, quelle almeno che sono presso i viali, quello di udire la Messa in una cappella destinata al pubblico; il diritto essenzialissimo di accedere in determinati giorni nel Palazzo a visitare il Museo ricco d'insigni oggetti d'arte e di antichità, aperto al pubblico nella medesima Villa³⁸». È il c.d. diritto di uso pubblico che la Cassazione ha sintetizzato nella locuzione *ius deambulandi*. Titolare di questo diritto era non l'autorità pubblica, individualizzata nella persona giuridica dell'ente, ma i singoli componenti della comunità costituente il popolo romano. Negli anni '20 e '30 la Cassazione ha continuato a ritenere la categoria del diritto di uso pubblico *ius receptum*³⁹ e ha riconosciuto la legittimazione dell'indivi-

38 Cfr. quanto riporta A. DI PORTO, *Res in usu publico e beni comuni. Il nodo della tutela*, cit., 57

39 Degna di nota è la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 14 aprile 1917, in *Foro it.*, 1917, 751 ss.: nella decisione si affermò che la categoria dei diritti di uso pubblico costituisce *ius receptum* e che essi «interessano interesse popolazioni, sia pel lato igienico, artistico, scientifico e sia, in generale, per qualsiasi utilità che possa interessare il pubblico di una città, borgo o regione». La natura *sui generis* dei diritti d'uso pubblico venne riferita alla comunità – i cui singoli componenti sarebbero i titolari dei diritti d'uso – e non alle persone giuridiche pubbliche. Venne affermato, inoltre, che «i diritti d'uso pubblico spettanti agli abitanti di un Comune non sono disciplinati dal codice civile, ma trovano il loro regolamento negli usi osservati come diritto pubblico, che l'art. 2 cod. civ. riconosce esser fonte di diritto». Sul solco di tali affermazioni, Cass. civ., sez. II., 4 luglio 1934, n. 2722, in *Giur. It.*, 1934, I, 1226, ha avuto occasione di prendere posizione anche sul tema della legittimazione ad agire, riconosciuta in capo al singolo, come titolare del diritto di uso pubblico. La chiave di volta venne individuata nell'art. 2 del codice civile del 1865, a mente del quale: «I comuni, le province, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone, e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico». La disposizione non identificava ma assimilava detti enti alle persone, mostrando di concepirle come *fiction iuris*. Il diritto d'uso pubblico, allora, non spettava all'ente in quanto tale, ma ai cittadini, senza i quali l'ente non può avere un'esistenza autonoma. Questo ha comportato la necessità di riconoscere «che ciascun partecipante, per tale sua qualità, in quanto spetta al suo interesse, abbia diritto ed azione per la tutela del suo diritto civico individuale sia in via possessoria che petitoria, se si ritenga danneggiato dalla illegittima perturbazione dell'uso pubblico».

duo, come titolare del diritto, ad agire in giudizio. L'entrata in vigore del nuovo codice civile⁴⁰, tuttavia, ha interrotto questo percorso⁴¹: si è già rilevato, infatti, come lo stesso classifichi i beni pubblici in base all'elemento formale dell'appartenenza; e come la loro tutela, in virtù dell'art. 823, co. 2, sia integralmente rimessa all'autorità amministrativa. Questo ha portato gli interpreti ad abbandonare la via tracciata.

Solo di recente la categoria è riemersa in giurisprudenza, nella sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 3811 del 2011 sulle valli da pesca della laguna di Venezia. Nella nota decisione viene adottata una prospettiva funzionale: «là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini. Del resto, già da tempo, la dottrina ma anche la stessa giurisprudenza hanno fatto propria l'idea di una necessaria funzionalità dei beni pubblici, con la conseguente convinzione che il bene è pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice quanto piuttosto per essere fonte di un beneficio per la collettività».

La Corte non ha mancato, peraltro, di riferirsi al dato positivo, ad una serie di norme di rango ordinario che evidenzierebbero la scissione tra proprietà pubblica del bene e destinazione dello stesso ad interessi della collettività. L'art.

40 M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., 1: «Le vigenti disposizioni codicistiche del 1942, riguardanti i beni appartenenti allo Stato e alle altre pubbliche amministrazioni (artt. 822 e ss.), furono introdotte al fine di assoggettare svariate tipologie di beni a un regime speciale, capace di garantirne l'asservimento a una pluralità di interessi pubblici, di diversa natura e importanza».

41 La vigente legislazione italiana (l. 16 giugno 1927, n. 1766; reg. 26 febbraio 1938, n. 332; l. 10 luglio 1930, n. 1078) tende alla liquidazione anche di quelli che sono stati definiti usi civici: diritti perpetui spettanti ai membri di una collettività su beni appartenenti al demanio, o a un comune, o a un privato. Ne è prevista, infatti, la liquidazione, per il tramite di commissari regionali.

825 c.c., in particolare, ha avuto un rilievo cruciale, nella parte in cui disciplina la figura giuridica dei diritti demaniali su beni altrui. La disposizione prevede, invero, che il regime del demanio pubblico si estenda ai diritti reali che spettano allo Stato, alle Province e ai Comuni quando essi «sono costituiti per l'utilità di alcuno dei beni indicati negli articoli precedenti o per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi».

A ben vedere, le argomentazioni della Corte sono state volte ad estendere, oltre al dato normativo, la categoria dei beni demaniali e, pertanto, a gravare il soggetto che li amministra degli oneri di «una *governance* che renda effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene». La Corte ha riscontrato nelle valli da pesca «i requisiti della demanialità [...] sulla scorta della legislazione vigente»: cercando di creare una frattura tra proprietà sostanziale e proprietà formale, la prima riferibile alla collettività e la seconda all'ente esponentiale, ha finito per attribuire all'ente il compito di assicurare il mantenimento delle rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione, negando così il ruolo del singolo. Beni pubblici in senso oggettivo e non meramente soggettivo, più che comuni.

Una soluzione che, per quanto coerente con la legislazione degli ultimi anni in tema di privatizzazioni⁴², esalta comunque lo Stato – persona e la sua funzione regolatrice, piuttosto che garantire un ruolo al singolo *uti civis*, come tal sprovvisto di rimedi propri.

42 M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit., 259. L'Autore evidenzia come il passaggio ad una nozione oggettiva di bene pubblico sia avvenuto già per il tramite legislativo, in virtù dei fenomeni di privatizzazione che hanno caratterizzato gli ultimi decenni. «La disciplina dei beni pubblici è stata quindi scomposta in un regime “despecializzato” dell'appartenenza e in perdurante regime pubblicistico della destinazione e della tutela dei beni, applicabile non in relazione alla loro titolarità soggettiva - formale o almeno sostanziale – bensì in connessione al dato oggettivo della funzione o del compito pubblico che i medesimi beni sono chiamati a servire. Anche in materia di beni pubblici è stata dunque concretizzata, in questo modo, la concezione funzionale e oggettivata di pubblica amministrazione fatta propria dalla Costituzione repubblicana; la “desoggettivazione” del diritto amministrativo ha coinvolto pure i mezzi dell'azione pubblica, dopo aver investito le regole dell'attività e dell'organizzazione amministrativa. Ha preso corpo, perciò, una nuova nozione di “bene pubblico”, oggettiva, sostanziale e moderna, e anche qui, come in altri ambiti del diritto amministrativo, la pubblica amministrazione è diventata in parte amministrazione regolatrice».

Il ritorno al passato è stato solo apparente.

4. Beni comuni, interessi comuni ed interessi diffusi

Quanto esposto sinora lascia emergere che tutti gli ostacoli concettuali che si frappongono alla configurazione di situazioni giuridiche soggettive, e alla tutela giurisdizionale dei beni comuni, sorgono dal carattere meta-individuale dei beni stessi e dei relativi interessi, come tali privi di titolare.

Il carattere metaindividuale avvicina i beni comuni e i relativi interessi ai c.dd. interessi diffusi: questi ultimi sono adespoti e pre-giuridici, in quanto riferiti a collettività non determinate, o non agevolmente determinabili, di cittadini⁴³.

L'interesse diffuso esprime un'esigenza individuale, una tensione di un soggetto verso un bene, ma in una dimensione collettiva: pertiene all'individuo in quanto questi rivesta una particolare qualificazione o sia portatore di un certo *status* (ad esempio, un soggetto qualificato come fruitore dell'ambiente)⁴⁴.

Il carattere diffuso dell'interesse deriva dalle caratteristiche dei beni a cui esso è correlato: a fruizione collettiva e non suscettibili di appropriazione esclusiva. In termini economici, si atteggia come interesse avente ad oggetto utilità non escludibili e non rivali⁴⁵.

Una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la n. 6 del 20 febbraio 2020, li ha definiti come «interessi che sono riferibili ad

43 R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. It. Disc. Pubbl.*, vol. VIII, Torino, Utet Giuridica, 1993, 490.

44 L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, Torino, Utet, 1989, 263: «L'interesse diffuso si presenta, quindi, come interesse generale, dal quale tuttavia diverge posto che quest'ultimo, quale già definito, non si frammenta in tante posizioni soggettive individuali, ma fa capo direttamente alla generalità, o, si deve aggiungere, a strati più o meno ampi di cittadini. Sicchè si potrebbe anche dire che, mentre l'interesse individuale è quello del *civis uti singulus* e quello generale dei *cives*, l'interesse diffuso è l'interesse dei singoli *uti cives*»; V. DENTI, *Interessi diffusi*, in *Noviss. Dig. It.*, app., vol. IV, Torino, Utet, 1983, 307: «Gli interessi diffusi si distinguono dagli interessi pubblici non per il loro oggetto, che è sempre costituito da beni di rilevanza generale, ma per la diversità dei soggetti ai quali sono imputabili le situazioni giuridiche che li riguardano».

45 M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 151 ss.

una collettività o a una categoria più o meno ampia di soggetti (fruitori dell'ambiente, consumatori, utenti, etc.) o in generale a una formazione sociale, senza alcuna differenziazione tra i singoli che quella collettività o categoria compongono, e ciò in ragione del carattere sociale e non esclusivo del godimento o dell'utilità che dal bene materiale o immateriale, a quell'interesse correlato, i singoli possono trarre». Il carattere meta- o sovra-individuale di questi interessi escluderebbe, di per sé, che possa predicarsi in capo al singolo l'esistenza di una posizione differenziata, oltre che qualificata: l'individuo non avrebbe, di conseguenza, alcuna legittimazione ad agire in giudizio tanto a difesa tanto di interessi diffusi, quanto di interessi comuni. L'Adunanza Plenaria non si è discostata da questo ragionamento, affermando che «la protezione degli interessi diffusi, ossia adespoti» non sarebbe consentita «a causa della mancata sussistenza del requisito della differenziazione che tradizionalmente qualifica la posizione giuridica di interesse legittimo»⁴⁶.

Gli interessi diffusi, tuttavia, ancorché metaindividuali, trovano tutela giurisdizionale nel nostro ordinamento. Sicché, se l'interesse diffuso è presidiato giuridicamente e giurisdizionalmente, pur se metaindividuale, allora anche l'interesse associato al bene comune (c.d. interesse comune⁴⁷) potrebbe trovare tutela nelle stesse forme.

Indagare le garanzie processuali dell'interesse comune è un compito che può essere efficacemente assolto, pertanto, anche evocando le torsioni giurisprudenziali che hanno riguardato gli interessi diffusi.

46 Cons. Stato, Ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, in *giustizia-amministrativa.it*.

47 La differenza con l'interesse associato al bene comune (c.d. interesse comune) dovrebbe, in teoria, esser chiara: solo quest'ultimo avrebbe ad oggetto beni non escludibili ma rivali. D'altro canto, dovrebbe esser tipica solo dei beni comuni – e non delle utilità cui l'interesse diffuso pertiene – l'idoneità a soddisfare bisogni fondamentali. Infine, solo l'interesse diffuso dovrebbe illuminare l'individuo in una dimensione di categoria.

Eppure, il distinguo in concreto tra le due *species* di beni e di interessi non è sempre facile: basti pensare ai beni paesaggistici ed ambientali, alternativamente ricondotti in entrambe le categorie e agganciati ai due tipi di interesse. È l'evidente conseguenza dell'indeterminatezza della nozione giuridica di bene comune, vero e proprio caso paradigmatico di «notte in cui tutte le vacche sono nere» In tal senso si veda E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, cit., 4, il quale parafrasa la nota metafora hegeliana.

La questione della difesa processuale dei beni comuni è legata a doppio filo all'area delle situazioni sovraindividuali, dei loro presidi, nonché alla stessa concezione di interesse legittimo.

5. Il problema della legittimazione a ricorrere

Ciò posto, è opportuno chiarire quali siano i limiti frapposti rispetto all'accesso alla tutela giurisdizionale.

L'impossibilità per l'individuo di agire in soccorso di questi beni è legata principalmente, ma non solo, ad una delle condizioni dell'azione⁴⁸ e alla specifica declinazione che ha assunto nel processo amministrativo. Ci si riferisce alla legittimazione a ricorrere⁴⁹, quale istituto che, operando sul piano soggettivo, consente di individuare il titolare del diritto di azione. A differenza del processo civile⁵⁰, nel processo amministrativo si pretende che il ricorrente sia effetti-

48 G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, III ed., Bari, Cacucci, 2015, 24, secondo cui: «La concezione oggi più diffusa [...] definisce l'azione come il diritto ad ottenere un provvedimento di merito, ossia una pronuncia che decida sulla fondatezza della domanda, ancorché, se del caso, in modo sfavorevole all'attore, e dunque rigettandola. Accogliendo siffatta definizione, l'esistenza del diritto di azione viene svincolata, evidentemente, dalla concreta esistenza del diritto dedotto in giudizio dall'attore e dipende, invece, (oltre che, naturalmente, dalla circostanza che sia stata proposta una domanda) da due elementi, che si è soliti definire condizioni dell'azione: la legittimazione e l'interesse ad agire».

49 C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2012, 27: «Usualmente, l'attenzione viene però concentrata (almeno in prima battuta) sul momento della legittimazione ad agire: quest'ultima racchiude, infatti, l'intero problema dell'individuazione dei soggetti che, in concreto, possono stimolare l'attività giurisdizionale e si pone come decisivo punto di passaggio tra il diritto sostanziale e l'azione processuale».

50 Nel processo civile, la legittimazione ad agire spetta a colui che si afferma come titolare del diritto dedotto in giudizio e non dipende dalla titolarità della situazione sostanziale, ma esclusivamente dalla prospettazione, cioè dalla mera affermazione di essere titolari di un determinato rapporto giuridico. Diverso è il merito: «per risolvere affermativamente il problema processuale, riguardante la legittimazione a agire, basta [...] constatare che l'attore ha dedotto in giudizio un rapporto giuridico, asserendo che egli e il convenuto ne sono i soggetti. Ma ovviamente, affinché la domanda giudiziale sia riconosciuta fondata nel merito, è necessario, fra le altre cose, che, secondo le risultanze del processo, l'asserzione dell'attore circa la soggettività attiva e passiva del rapporto controverso si palesi fondata. A sazietà va ripetuto che quest'ultima indagine non è affatto una indagine relativa alla legittimazione ad agire, sibbene una delle indagini necessarie per arrivare alla decisione circa l'esistenza del rapporto sostanziale [...] controverso». E. ALLORIO, *Diatriba breve sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1955, 130. Secondo G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 26, «il criterio ordinario di legittimazione che si desume a contrario dall'art. 81 c.p.c. (Fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui), può così definirsi: il di-

vamente titolare (non basta la mera affermazione) di una posizione qualificata e differenziata.

Tale diversità deriverebbe dal fatto che, mentre nel processo civile indagare la titolarità del diritto soggettivo equivale a giudicare la fondatezza della domanda, nel giudizio amministrativo l'esito è tradizionalmente identificato nell'illegittimità del provvedimento impugnato (e non nella spettanza della situazione giuridica soggettiva).

Ciò che viene meramente affermato, nel giudizio amministrativo, è l'illegittimità del provvedimento e non l'appartenenza della situazione protetta: la fondatezza della doglianza, infatti, è legata esclusivamente all'illegittimità del provvedimento, che concreta la lesione dell'interesse. Questo dovrebbe comportare uno spostamento della legittimazione «sul carattere *contra ius* della lesione subita dall'interesse materiale» e l'atteggiarsi della stessa in termini di titolarità dell'interesse sostanziale⁵¹.

La legittimazione a ricorrere, pertanto, spetta al titolare della situazione giuridica soggettiva⁵² che si assume essere stata ingiustamente lesa dal potere amministrativo e, quindi, al portatore dell'interesse legittimo⁵³.

Tradizionalmente si ritiene che l'interesse legittimo sia una situazione personale, differenziata rispetto ad altri interessi e qualificata da una norma. In particolare, l'interesse può dirsi qualificato in quanto sia preso in considerazio-

ritto di azione compete a chiunque faccia valere nel processo un diritto assumendo di esserne titolare».

51 Così, R. VILLATA, (voce) *Legittimazione processuale: II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, Treccani, 1988, 2.

52 Si tratta di conclusioni, peraltro, coerenti con il superamento del criterio di riparto della giurisdizione fondato sul *petitum* formale e sull'idea di *prospettazione*: anche sul versante dei presupposti processuali, il giudice è chiamato a verificare la consistenza effettiva, non meramente affermata, della posizione sostanziale.

53 E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 889; R. FERRARA, (voce) *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdiz. ecc.)*, in *Dig.It. Disc. Pubbl.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1993, 471: «nel processo amministrativo si avrebbe sempre, infatti, la coincidenza dell'interesse protetto con la titolarità della legittimazione all'impugnazione, perché protetta è solo quella posizione di vantaggio la quale risulti normativamente qualificata, in quanto riconducibile ad una norma di riferimento che si configura come il presupposto logico-giuridico della tutela giudiziale accordata al titolare della posizione di vantaggio medesima».

ne da una norma di legge che lo protegga⁵⁴. La differenziazione, invece, è un predicato che dipende dall'esistenza di elementi che rendano possibile una autonoma considerazione dell'interesse, in virtù del legame con una certa realtà⁵⁵.

Non può dubitarsi, d'altronde, che il processo amministrativo costituisca una giurisdizione di diritto soggettivo⁵⁶, volta non a ristabilire una legalità che si assume violata, ma a dirimere una controversia fra un soggetto che si afferma leso in modo diretto e attuale da un provvedimento amministrativo e l'amministrazione che lo ha emanato. La legittimazione ad agire, di conseguenza, spetta al soggetto titolare di una situazione giuridica sostanziale qualificata e differenziata, che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo⁵⁷.

Orbene, l'esistenza di una condizione dell'azione sovrapponibile alla titolarità dell'interesse legittimo⁵⁸ mal si concilia con la necessità di presidiare interessi sovraindividuali, rispetto ai quali sfuma la logica dell'appartenenza e

54 La posizione di vantaggio è qualificata in quanto riconducibile ad una norma di riferimento che si configuri come il presupposto logico-giuridico della tutela giudiziale. Così, R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, cit., 471.

55 C. CUDIA, *Interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, cit., 186. Secondo E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 381, la qualificazione tende a doppiare la differenziazione: l'interesse si diversifica proprio in quanto preso in considerazione dalla norma. In realtà, in giurisprudenza è diffuso un diverso approccio, secondo il quale il requisito della differenziazione rappresenterebbe l'esito di valutazioni propriamente materiali, afferenti alla dinamica procedimentale e procedimentale. In tal senso si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui: «Nella realtà delle cose è raro che la norma attributiva del potere, occupata a definire presupposti, forme e modi dell'esercizio del potere amministrativo, menzioni (tutti) gli interessi privati qualificabili come legittimi; sicché il criterio materiale, incentrato sulla dinamica procedimentale e sull'evidenza provvedimentoale, svolge un ruolo determinante ed è quello più comunemente praticato».

56 Sembrerebbe proprio la Costituzione, negli artt. 24, 103 e 113, ad imporre che il processo amministrativo sia letto a partire dalle posizioni individuali, riconoscendo nell'interesse legittimo il suo oggetto.

57 Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2019, n. 8399; Cons. Stato, sez. IV, 1 giugno 2018, n. 3321; Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

58 R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, cit., 469, secondo cui: «L'interesse legittimo, la legittimazione a ricorrere e l'interesse al ricorso rappresentano, in qualche modo, più segmenti, non agevolmente disarticolabili e scindibili, dello stesso problema». Non si potrebbe prescindere, pertanto, dal definire l'interesse legittimo per chiarire la portata della legittimazione al ricorso.

dell'escludibilità⁵⁹ e per i quali l'individuo difficilmente può essere riconosciuto come portatore di una posizione, oltre che qualificata, differenziata.

La tutela degli interessi sovraindividuali, in conclusione, deve fare i conti con un modello di processo amministrativo creato per tutelare le posizioni di vantaggio a struttura individuale⁶⁰.

6. Rilevanza individuale dei beni comuni: l'esempio dei beni ambientali

Da un esame della giurisprudenza amministrativa in materia dei beni ambientali⁶¹, sicuramente tra i primi posti nell'immaginario collettivo quando si discorre di beni comuni, emerge che una tutela individuale, in realtà, sia pur sempre possibile, quanto meno nei casi in cui si verifichi occasionalmente un *affiancamento* della posizione individuale di interesse legittimo all'interesse comune⁶².

È stato, infatti, affermato che «la tutela dei beni ambientali costituisce una finalità di esclusivo interesse pubblico. Non sussistono interessi legittimi al corretto esercizio di tale tutela da individuare in capo a singoli soggetti indifferenziati ma interessi di mero fatto. Tuttavia è possibile configurare un interesse legittimo del cittadino tutelabile in sede giurisdizionale nel caso in cui la salvaguardia del paesaggio e delle bellezze naturali sia inerente al godimento concreto di detti beni (del pari quel cittadino è titolare di un diritto soggettivo all'ambiente salubre quale riflesso del suo diritto alla salute costituzionalmente tutelato ex artt.2 e 32 Cost.)»⁶³.

59 A. GIORDANO, *Beni comuni e paradigmi di tutela processuale*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2020, 452.

60 R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, cit., 484.

61 Si preferisce parlare di beni ambientali, con ciò evocando tutte le possibili entità parte di un eco-sistema, e non di ambiente in senso ampio, rappresentando quest'ultima una nozione connotata da maggiori ambiguità definitorie, più correttamente sussumibile tra gli interessi – e non tra i beni – rilevanti nella fase pre-normativa, idonei ad influire il processo legislativo. L'ambiente potrebbe identificarsi con un bene giuridico rilevante per la scienza penale, semmai, quale valore presidiato dalla norma incriminatrice.

62 L'Ad. Plen., con la pronuncia n. 6 del 2020, ha chiaramente riconosciuto che vi possa essere una compresenza di interessi collettivi in capo all'ente associativo e di interessi individuali concorrenti, autonomamente azionabili: considerando, allora, il carattere derivato dell'interesse collettivo dall'interesse diffuso, non può che concludersi nel senso della possibile compresenza di interessi diffusi ed individuali.

63 Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1601, in *giustizia-amministrativa.it*.

Il cittadino *uti singulus*, per poter accedere al giudizio, è onerato dal dover identificare il bene della vita anelato e, successivamente, dimostrare che non si tratta di un bene che attenga identicamente una pluralità di soggetti, nessuno dei quali ne abbia l'individuale disponibilità, ma di una entità rispetto alla quale possa vantare una posizione differenziata (oltre che qualificata). Di qui l'elaborazione del requisito della *vicinitas*, avvenuta per la prima volta in materia urbanistica, in base al quale si è riconosciuta legittimazione a ricorrere, ad esempio, al proprietario del fondo o della casa finitimi. Il dato spaziale, in altri termini, vale ad integrare la differenziazione indispensabile per la legittimazione⁶⁴.

Si è detto che, nonostante una certa ostilità della giurisprudenza nell'ammettere la legittimazione del cittadino rispetto ad entità sovraindividuali, non sono mancati arresti in cui il problema è stato in parte ridimensionato attraverso una lettura elastica delle categorie tradizionali. Il concetto di *vicinitas*⁶⁵, in particolare, è spesso dilatato: in alcuni casi, invero, la giurisprudenza amministrativa non si è limitata a valutare il mero dato geografico, ma ha rimarcato gli effetti che gli interventi da realizzare avrebbero potuto avere sulla qualità della vita dei residenti in gran parte del territorio. La possibilità di peggioramenti delle condizioni ambientali, igieniche e di salubrità dei luoghi ha portato gli interpreti a riconoscere la sussistenza della legittimazione ad agire anche in capo

64 B. GILBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 95, rileva come questa costruzione risolva la legittimazione ad agire nel solo connotato della differenziazione, «perché al sussistenza del diritto al processo amministrativo – quale pronunciamento sul *petitum* – viene riconosciuta nella consapevolezza dell'assenza di un parametro normativo qualificante specifico».

65 Il concetto di *vicinitas* è stato elaborato inizialmente in materia edilizio-urbanistica. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 novembre 1977, n. 23, in *Foro it.*, 1978, 379 ss., escluse che l'art. 10, co. 9 della l. n. 765 del 1967 («Chiunque può prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione») avesse introdotto una ipotesi di azione popolare, così affievolendo i rischi di una moltiplicazione del contenzioso urbanistico e offrendo, simultaneamente, una lettura non abrogante della disposizione citata. Venne, pertanto, coniata una nozione di «*insediamento abitativo*» idonea a fondare la legittimazione dei soggetti che, per l'inclusione in tale insediamento («*vicinitas*»), avessero interesse alla qualità del relativo assetto urbanistico-edilizio.

a soggetti ubicati in linea d'aria a notevole distanza dalla zona di realizzazione dell'opera contestata⁶⁶.

È l'inevitabile conseguenza della vaghezza⁶⁷ del concetto di vicinanza e, più, in generale, dell'idea di differenziazione, come tale capace di lasciare all'interprete ampio spazio nel decidere chi o che cosa possa dirsi vicino e nell'aderire ad una prospettiva di giustizia come risorsa a fruizione diffusa o limitata.

Nella medesima prospettiva moltiplicatrice delle *chances* di accesso alla giustizia, inoltre, alcune decisioni hanno ritenuto il requisito della *vicinitas* idoneo a soddisfare non solo la condizione della legittimazione, ma anche quella dell'interesse al ricorso, escludendo la necessità, da parte del ricorrente, di dover fornire la prova di un pregiudizio personale, diretto ed attuale alla propria sfera giuridica⁶⁸.

66 Cons. Stato, sez. IV, 12 settembre del 2007, n. 4821; Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre del 2010, n. 6554; Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile del 2014, n. 1890; Cons. Stato, sez. III, 2 ottobre del 2015 n. 4612, in *giustizia-amministrativa.it*.

67 F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Milano, Cedam, 2017, 183, secondo cui: «I concetti vaghi sono capaci di determinare il proprio riferimento ma solo entro un certo grado: sono il medio fra termini univoci ed equivoci. In altre parole, sono vaghi i concetti per i quali non è sempre determinabile se essi possano riferirsi ad un dato stato-di-cose». La stessa Adunanza Plenaria n. 22 del 2021 ha riconosciuto che la *vicinitas* sia «un criterio flessibile, da misurare ogni volta sulla base della situazione di fatto, del tipo di provvedimento contestato e dei suoi concreti contenuti, dell'ampiezza e della rilevanza delle aree coinvolte, e che dunque poco si presta a teorizzazioni astratte [...]».

68 Cons. Stato, sez. II, 10 marzo 2021, n. 2056; Cons. Stato, sez. IV, 08 giugno 2021, n. 4387; Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2021, n. 6500, in *giustizia-amministrativa.it*. In tema di abusi edilizi, ad esempio, si veda Cons. Stato, sez. II, 30 settembre 2019, n. 6519, in *giustizia-amministrativa.it*: «Nel settore edilizio, la legittimazione dei soggetti 'terzi', non direttamente destinatari del provvedimento (sia esso un titolo edilizio, ovvero l'ordine di demolizione dell'abuso commesso), è riconosciuta in base al criterio cosiddetto della *vicinitas*, ovvero in caso di stabile collegamento materiale tra l'immobile del ricorrente e quello interessato dai lavori, quando questi ultimi comportino un'alterazione vietata del preesistente assetto urbanistico ed edilizio. Quanto al pregiudizio della situazione soggettiva protetta dei predetti soggetti 'terzi', il danno deve ritenersi sussistente in re ipsa per gli abusi edilizi, in quanto ogni edificazione abusiva incide se non sulla visuale, quanto meno sull'equilibrio urbanistico del contesto e l'armonico e ordinato sviluppo del territorio, a cui fanno necessario riferimento i titolari di diritti su immobili adiacenti, o situati comunque in prossimità a quelli interessati dagli abusi».

In altre decisioni, invece, la giurisprudenza ha assunto un atteggiamento più restrittivo⁶⁹, escludendo che la *vicinitas*, quale criterio pur astrattamente utile ad individuare una posizione qualificata e differenziata, esaurisca le condizioni per l'accesso al giudizio: sarebbe ulteriormente necessario, da parte di chi ricorre, fornire la prova del pregiudizio attuale o potenziale, di carattere patrimoniale o non patrimoniale.

Tale considerazione è stata fatta in parte propria dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 22 del 9 dicembre 2021, ha riaffermato «la distinzione e l'autonomia tra legittimazione e interesse al ricorso quali condizioni dell'azione», chiarendo che «il criterio della *vicinitas*, quale elemento di differenziazione, [non] valga da solo ed in automatico a soddisfare anche l'interesse al ricorso»⁷⁰.

La rilevanza della pronuncia, a dire il vero, emerge anche su un altro versante: pur non prendendo posizione sul concetto di *vicinitas*, affermando la distinzione concettuale tra legittimazione ed interesse al ricorso, il Consiglio di Stato ha implicitamente perimetrato in senso restrittivo i margini dell'accesso al giudizio. Più distanti si è dal luogo dell'intervento, evidentemente, più è arduo che si configuri un pregiudizio la cui consistenza consenta il ricorso al giudice.

7. La legittimazione sovraindividuale: il ruolo degli enti esponenziali

La protezione degli interessi metaindividuali, in realtà, è stata assicurata, sin dagli anni '70, anche tramite la teorizzazione di situazioni sostanziali di nuova generazione, collettive ed imputabili ad un ente che, in forza del possesso di

69 Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2013, n. 2108; Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2016, n. 1182; Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 441; Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2017, n. 5908, in *giustizia-amministrativa.it*.

70 Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in *giustizia-amministrativa.it*. Ferma restando la distinzione tra legittimazione ed interesse al ricorso, l'Adunanza Plenaria ha però ritenuto che «lo specifico pregiudizio derivante dall'intervento edilizio che si assume illegittimo, e che è necessario sussista, può comunque ricavarsi, in termini di prospettazione, dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso, suscettibili di essere precisate e comprovate laddove il pregiudizio fosse posto in dubbio dalle controparti o dai rilievi del giudicante, essendo questione rilevabile d'ufficio nel rispetto dell'art. 73, comma 3, c.p.a. e quindi nel contraddittorio tra le parti».

alcuni requisiti individuati per via giurisprudenziale, diviene idoneo ad assumersene la titolarità⁷¹.

Si è posta, cioè, l'esigenza di individuare un portatore di interessi che la Costituzione ha riconosciuto come facenti parte del programma assiologico ordinamentale, rispetto ai quali non era più concepibile un vuoto di tutela.

Il Consiglio di Stato, pertanto, a partire dalla sentenza n. 253 del 9 marzo 1973 (c.d. sentenza "Italia Nostra") ha, riconosciuto la legittimazione ad agire di enti esponenziali avverso provvedimenti ritenuti lesivi di interessi diffusi della collettività di riferimento.

Non qualunque ente sarebbe legittimato, dovendo trattarsi necessariamente di organismi che perseguano statutariamente ed in modo non occasionale obiettivi di tutela dell'interesse metaindividuale; che possiedano un adeguato grado di rappresentatività e di stabilità; che abbiano un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume lesa⁷².

L'elaborazione pretoria, dunque, si è focalizzata su criteri che permettessero il mutamento degli interessi originariamente adespoti in interessi collettivi⁷³, attraverso un processo di soggettivizzazione in capo a gruppi sociali, orga-

71 M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, cit., 9: «Così facendo, si dota l'interesse diffuso di una struttura; quella struttura di cui per definizione esso manca in generale, viene acquisita non dall'intera fascia degli interessi diffusi del settore considerato ma da quelle parti di esso alle quali si riconosce "la considerazione" in formazioni sociali».

72 Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 1973, n. 253, in *Foro It.*, 1973, 33 ss., con nota di A. ROMANO. Negli anni successivi l'orientamento è stato confermato da Cons. Stato, Ad. Plen., 19 novembre 1979, n. 24, in *Foro It.*, 1980, 1 ss., con nota di A. ROMANO; Cass., Sez. Un., 8 maggio 1978, n. 2207, in *Foro It.*, 1979, 167 ss., con nota di L. ZANUTTIGH.

73 Il processo di soggettivizzazione e la condivisione delle tecniche di tutela degli interessi collettivi, a ben vedere, non mutano la natura dell'interesse diffuso (o comune). Secondo C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, cit., p. 39: «Gli interessi collettivi [...] sono usualmente definiti come posizioni proprie dei membri di una collettività (classe, gruppo o categoria) per la difesa di un interesse che è comune ai partecipanti ma è anche proprio della collettività in quanto tale (in quanto, cioè, struttura privata per la gestione di determinati interessi) e che, per questo, ha (o finisce per avere) una rilevanza autonoma rispetto alle posizioni individuali. Gli interessi diffusi sono invece intesi come interessi "comuni" per il solo fatto di coinvolgere potenzialmente tutti i membri di una collettività, senza che il gruppo "assuma" e "riassuma" gli interessi individuali diventando, successivamente, portatore di un inte-

nizzati in enti esponenziali che avessero come fine prevalente e costitutivo la salvaguardia e la tutela degli interessi dei consociati⁷⁴.

In questo modo l'interesse metaindividuale ha perso la propria fluidità ed ha cessato di essere adespota, consentendo l'ordinamento di individuarne un portatore, legittimato a esercitare le relative azioni⁷⁵.

Proprio in materia ambientale, il legislatore è intervenuto con l'art. 18, co. 5, della legge 8 luglio 1986, n. 349, riconoscendo espressamente la legittimazione di associazioni individuate in base all'art. 13 (ossia quelle ricomprese in un elenco approvato con decreto del Ministro dell'Ambiente) e consentendo loro di «intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi». Tale innovazione ha fatto sorgere un inevitabile dibattito circa l'esclusività di tale legittimazione.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la citata sentenza n. 6 del 2020, ha posto fine alla *querelle* riconoscendo il regime del c.d. doppio binario, in virtù del quale «gli enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione ammi-

resse proprio (del gruppo stesso)».

74 In realtà, il medesimo risultato è stato in passato perseguito attraverso la valorizzazione della partecipazione procedimentale. Secondo M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, cit., 19, «Tutte le volte che il procedimento amministrativo consente la partecipazione (anche del singolo), ne dovrebbe conseguire la legittimazione processuale del medesimo». La prospettiva, però, non ha trovato seguito. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 152, evidenzia come «diritto di partecipare al procedimento e legittimazione processuale hanno funzioni diverse. La partecipazione al procedimento assolve [...] non soltanto la funzione di tutela preventiva degli interessi dei soggetti suscettibili di essere incisi da provvedimento, ma anche quella di fornire all'amministrazione una gamma più ampia di informazioni utili per esercitare meglio il potere. Essa ha dunque un ambito naturale più ampio della legittimazione processuale che può essere riconosciuta soltanto al titolare di una situazione giuridica soggettiva in senso proprio che ha subito una lesione alla quale occorre porre rimedio».

75 C. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 649.

nistrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso».

Il filo conduttore seguito dall'Adunanza Plenaria è sostanzialmente lo stesso che conduce, in altri contesti, a leggere estensivamente il concetto di *vicinitas*: escludendo la logica della tassatività dei modelli di tutela associativi, si ampliano notevolmente le *chances* di tutela processuale⁷⁶.

8. Nuove prospettive. L'art. 118, co. 4 Cost. e la sussidiarietà orizzontale

Nonostante le conclusioni estensive di cui si è dato atto, che rappresentano certamente una riprova di una rinnovata sensibilità, non pare comunque sostenibile che *chiunque* possa agire a tutela di certi beni.

Un cambio di passo potrebbe aversi tramite la valorizzazione del principio di sussidiarietà⁷⁷ orizzontale, così come scolpito nell'art. 118, co. 4 Cost.:

⁷⁶ L'Adunanza Plenaria non ha condiviso, tra gli altri, l'argomento secondo il quale «in una prima fase, a fronte di un ordinamento ancora non adeguato alle emergenti istanze di tutela degli interessi meta-individuali, il ruolo degli enti esponenziali è stato determinante e meritorio, perché ha consentito a questi interessi di assumere una dimensione giuridica e di avere un centro soggettivo di riferimento. Successivamente, tuttavia, nel corso del tempo l'esigenza di supplire alla carenza di un sistema istituzionale di tutela si è via via attenuata, perché il legislatore ha progressivamente preso atto dei cambiamenti in corso e ha iniziato a prevedere – introducendole per legge – forme e modalità specifiche di tutela. Si è avuta così la progressiva istituzionalizzazione di quella tutela che prima, pretoriamente, era affidata, o lasciata, all'iniziativa dei gruppi e delle associazioni private. Sempre più spesso, quindi, la legittimazione ad agire degli enti esponenziali trova espresso riconoscimento in una puntuale disciplina normativa, che si preoccupa però anche di stabilire chi può agire e, soprattutto, il tipo di azione che può essere esercitata. Si riscontra, in sostanza, l'affermazione di una nuova e più matura “tassatività” delle azioni esperibili (sia sul piano soggettivo, sia su quello oggettivo) nei predetti ambiti». Piuttosto, secondo i giudici di Palazzo Spada «il percorso compiuto dal legislatore sia stato piuttosto contraddistinto dalla consapevolezza dell'esistenza di un diritto vivente che, secondo una linea di progressivo innalzamento della tutela, ha dato protezione giuridica ad interessi sostanziali diffusi (ossia condivisi e non esclusivi) riconoscendone il rilievo per il tramite di un ente esponenziale che ne assume statutariamente e non occasionalmente la rappresentanza. In altri termini, secondo questa Adunanza plenaria, l'evoluzione del dato normativo positivo non può certamente essere letto in una chiave che si risolva nella diminuzione della tutela».

⁷⁷ L'origine del vocabolo sussidiarietà è da ricondurre al latino *subsidium*, che individuava l'ordine militare dei triari, cioè delle truppe di rinforzo (le *subsidiariae cohortes*); dal vocabolo originario è scaturita la parola italiana *sussidio*, inteso come aiuto economico ai bisognosi. Nel linguaggio politico e giuridico, invece, la sussidiarietà è stata intesa diversamente: con tale lemma si identifica non l'aiuto fornito, ma l'astensione dall'intervento diretto a presidio dell'autonomia dei soggetti pubblici e privati.

esso, a ben vedere, esprime il criterio di ripartizione delle competenze tra enti locali e soggetti privati, individuali e collettivi, operando come limite all'esercizio delle competenze locali da parte dei poteri pubblici. Una lettura della disposizione citata in chiave estensiva potrebbe facilitare i tentativi di riconoscimento in capo al singolo di un ruolo attivo nella tutela dei beni comuni⁷⁸.

D'altro canto, il principio suddetto, nella sua dimensione verticale, è menzionato proprio dall'art. 3 *quinquies* del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, quale valore nevralgico della disciplina dell'ambiente.

Di sicuro interesse, in tal senso, è una pronuncia del Consiglio di Stato, la n. 4502 del 27 luglio 2011⁷⁹: il Consiglio di Stato, riconoscendo la legittimazione individuale della ricorrente, ha dato seguito «a quell'orientamento, delineatosi inizialmente nelle pronunce di alcuni TAR, e in parte recepito anche dal Consiglio di Stato (es., Consiglio di Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760), che, proprio con riguardo alla tutela degli interessi superindividuali, accoglie un nuovo criterio di riconoscimento della legittimazione ad agire, individuandolo nel principio di sussidiarietà orizzontale, ormai costituzionalizzato nell'art. 118, comma 4, Cost.: la piena valorizzazione di tale principio, vale a dire dell'apporto diretto dei singoli e delle loro formazioni sociali nella gestione diretta di atti-

78 Secondo Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 25 agosto 2003, n. 1440, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2003, 2343 ss.: «Il concetto di sussidiarietà orizzontale scolpito nell'art.118, co. 4 Cost. è l'esito di un processo di rivisitazione dei rapporti tra autorità territoriali e comunità reso esplicito dall'articolo 4 c. 3 della legge 15 marzo 1997, n. 59, secondo il quale il conferimento di funzioni agli enti territoriali deve osservare, tra gli altri, "il principio di sussidiarietà, ... attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati", nonché dall'articolo 3, comma 5, ultima parte del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (già art. 2 della legge 3 agosto 1999, n. 265), secondo il quale: "I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali". [...] "Il precetto costituzionale sancisce e conclude, a questa stregua, un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario».

79 Cons. Stato, 27 luglio 2011, n.4502, in *giustizia-amministrativa.it*. Si trattava, in realtà, di una vicenda pertinente il rispetto delle cc.dd. quote rosa nella composizione della Giunta regionale campana.

vità amministrative (in modo che l'intervento pubblico assuma appunto carattere sussidiario rispetto alla loro iniziativa), impone che esso debba trovare immediata applicazione anche in sede processuale al fine di garantire, a quegli stessi soggetti cui viene rimessa l'iniziativa sul piano sostanziale, la più ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale la funzione amministrativa, per ottenere un controllo sociale diffuso anche dopo il suo esercizio da parte dei poteri pubblici: per questa via si riconosce così la legittimazione ad agire in giudizio a comitati spontanei di cittadini, benché privi di significativi livelli di rappresentatività e organizzazione».

L'azione del cittadino, lungi dal farsi catalizzatrice di soli egoismi individuali, contribuisce attivamente alla realizzazione dell'interesse generale: la Costituzione, riconoscendo il primato della persona (art. 2 Cost.) e sovvertendo i rapporti correnti tra individuo e autorità, afferma il ruolo centrale del singolo *uti civis* e delle sue libertà.

Il cittadino dovrebbe essere il punto di partenza della complessiva organizzazione pubblica, in una prospettiva che metta in primo piano la libertà individuale e riduca ad un ruolo sussidiario l'apparato pubblico⁸⁰.

80 B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 31. «Il principio di sussidiarietà orizzontale dell'art.118 Cost., tuttavia, ha ciò di straordinariamente innovativo perché, pur nella peculiarità della sua stessa lettera [...], evidenzia, nel disegno giuridico costituzionale dell'organizzazione pubblica, il passaggio da una logica episodica sia pur relevantissima (le singole libertà private ad oggetto amministrativo di cui la Costituzione è disseminata), ad altra che individua la prima dimensione organizzativa pubblica – sia che si tratti di servizi che di funzioni – non nell'apparato amministrativo istituzionale ma nelle persone e nelle loro comunità [...] Questa prospettazione, invero, lascia emergere una significativa assonanza tra l'impostazione generale che pare possibile riconoscere al fenomeno organizzativo pubblico con quella elaborata in materia di pubblici servizi, ovverosia della tendenziale libertà (in quel caso del mercato), della regolazione nel caso in cui la libertà non offra adeguate garanzie rispetto alle aspettative pubbliche, della avocazione della riserva organizzativa pubblica in senso soggettivo in caso di fallimento della libertà [...] Ciò, peraltro, avvertendo nuovamente la necessità di esplicitare – specie considerando il tenore letterale dell'art. 118, co. 4 Cost. – che il principio di sussidiarietà non può essere riguardato solo quale canone giuridico di sottrazione e riallocazione delle attività amministrative a plessi amministrativi più strutturati ma quale precetto di necessaria restituzione al principale nucleo organizzativo pubblico delle prerogative amministrative sottrategli, una volta regolamentate secondo esigenze collettive che siano apparse al legislatore o all'amministrazione – secondo le rispettive competenze – più appropriate».

Il contributo individuale alla cura di ciò che è comune a tutti dovrebbe, allora, avvenire anche a livello processuale, con un allargamento degli spazi di legittimazione anche in favore di soggetti privi dei consueti requisiti di differenziazione⁸¹.

D'altro canto, è la stessa legislazione più attuale che sembrerebbe andare in questa direzione: basti pensare al c.d. accesso civico e alla funzione che l'art. 1 del D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 riconosce al cittadino quale soggetto che, oltre a poter partecipare all'attività amministrativa, deve poter controllare diffusamente l'azione pubblica, il rispetto delle funzioni istituzionali e l'utilizzo delle risorse pubbliche⁸².

Proprio il codice dell'ambiente, peraltro, prevede all'art. 3 sexies che l'accesso ai documenti sia garantito a chiunque, senza che sia tenuto a dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante. La pronuncia menzionata, in realtà, si inserisce in un filone⁸³ che non si spinge sino a superare

81 Di questo processo di valorizzazione della sussidiarietà orizzontale dà atto Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22, *cit.*: «Su un piano diverso, e si direbbe anzi opposto, la legittimazione a ricorrere è da altri messa in relazione con il principio di sussidiarietà in senso orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost., trovandovi il fondamento per nuovi "diritti civici" sui quali costruire una cittadinanza attiva che nella tutela dinanzi al giudice amministrativo troverebbe una delle sue possibili forme di espressione e manifestazione».

82 Se il *quisque de populo* è legittimato a chiedere l'accesso a qualunque documento, in caso di rigetto dell'istanza sempre il *quisque de populo* deve essere ammesso alla tutela giurisdizionale. Si potrebbe obiettare, chiaramente, che l'istante non sia un soggetto *qualunque*, ma un individuo che ha differenziato la propria posizione presentando un'istanza a cui ha fatto seguito il diniego; ma resterebbe il fatto che, rispetto alla trasparenza intesa come bene della vita, il singolo non potrebbe davvero dirsi titolare di una posizione diversa dagli altri *cives*. Di questa prospettiva, peraltro, ha dato atto Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 9, *cit.*, secondo cui: «Nella stessa direzione la legittimazione al ricorso "rivisitata" è collegata alla teoria dei cd. beni comuni e diventerebbe uno strumento per controllare, anche in forme giurisdizionali, i governanti e i poteri pubblici, come in parte sembrerebbe confermare la recente disciplina sull'accesso civico di cui al d.lgs. 33/2013 dove all'art. 5, comma 2 riappare, a distanza di molti decenni, la parola "chiunque"».

83 Viene citata dal Consiglio stesso una precedente pronuncia, la n. 5760 del 2 ottobre 2006, la quale, sempre valorizzando la sussidiarietà orizzontale, ha ritenuto che: «L'esplicita legittimazione, ai sensi degli art. 13 e 18 l. 8 luglio 1986 n. 349, delle associazioni ambientaliste di dimensione nazionale e ultraregionale all'azione giudiziale non esclude, di per sé sola, analoga legittimazione ad agire ai sensi della stessa normativa, in un ambito territoriale e comunitario ben circoscritto, agli organismi - comitato o associazioni - che si costituiscono al precipuo scopo di proteggere l'ambiente, la salute e/o la qualità della vita delle popolazioni residenti su tale circoscritto territorio e non intendano estendere il raggio della propria azione oltre la comunità e

del tutto il requisito della differenziazione⁸⁴. È il medesimo solco battuto dall'Adunanza Plenaria n. 6 del 2020 precedentemente citata: il riconoscimento della logica del c.d. doppio binario, invero, è coerente con «interventi normativi (che) non devono essere letti nel senso di previsioni che scindono, in via straordinaria, la legittimazione, dalla lesione di una situazione giuridica, ma quale emersione positiva dell'esigenza di protezione giuridica di interessi diffusi, secondo lo schema già delineato in via generale dalla giurisprudenza, e in linea con il ruolo che l'art. 2 Cost. assegna alle formazioni sociali, oltre che con la più attenta ed evoluta impostazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.».

La legittimazione, tramite la valorizzazione dell'art. 118, co. 4 Cost., viene riconosciuta «a quegli stessi soggetti cui viene rimessa l'iniziativa sul piano sostanziale»⁸⁵: il piano processuale, cioè, non prescinde del tutto da quello sostanziale; il ruolo attivo sul versante della funzione comporta la differenziazione utile all'azione.

Non sono mancati, a dire il vero, tentativi di spostare la lente della sussidiarietà orizzontale dal profilo soggettivo a quello oggettivo⁸⁶. Nella sua dimen-

l'ambito territoriale ove si collocano e cui riferiscono i loro programmi e la propria attività, altrimenti verificandosi che le località e le relative popolazioni, interessate da "attentati" alla salute pubblica e/o all'ambiente di ambito locale e circoscritto, ove questi ultimi non siano presi in considerazione da associazioni riconosciute ma assenti "in loco", rimarrebbero prive di quelle suscettibilità di protezione che possono assicurare le associazioni ambientaliste e similari». Si tenta, a ben vedere, di realizzare un superamento del requisito della localizzazione territoriale – che pure la stessa Corte ritiene imprescindibile quando ad agire siano i singoli cittadini – senza, tuttavia, abbandonare il diverso criterio dello scopo statutario.

84 Nella vicenda, peraltro, la ricorrente è stata ritenuta comunque portatrice di una posizione diversa dal *quisque del populo*: in presenza di una composizione della Giunta contrastante con il dato normativo contenuto nello Statuto, «la presentazione di un curriculum di un cittadino elettore, che aspiri alla carica di assessore e che abbia oggettivamente le caratteristiche di cultura e preparazione tecnica necessaria e sufficiente per rivestire tale delicato incarico e che sia, in particolare, di sesso femminile, evidenzia, oltre all'interesse differenziato, di cui si è detto, anche l'interesse meritevole di tutela».

85 Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020, n. 6, *cit.*

86 F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 413 ss. L'Autore propende per una valorizzazione del principio di sussidiarietà quale norma dotata di un valore direttamente precettivo e operante su un versante oggettivo. La sua analisi passa per l'esame di diversi orientamenti giurisprudenziali: quello che assume irrilevante il principio di sussidiarietà senza una sua concretiz-

sione funzionale, l'art. 118, co. 4 Cost. non si rivolgerebbe ad una particolare categoria di soggetti e nemmeno ai soli cittadini in senso stretto: nella misura in cui qualcuno si attivi per tutelare interessi della collettività, si sostiene, non vi sarebbe alcuna ragione per impedirglielo, in virtù dell'ammissione fatta dalla Costituzione circa l'abdicazione dell'amministrazione dal monopolio di intervento su tali beni. Questo implicherebbe, sul versante processuale, la necessità di superare l'approccio restrittivo sulla legittimazione processuale, pena il rischio di privare di adeguati presidi entità funzionali allo sviluppo della personalità umana.

Il giudice, in una chiave di intervento fortemente oggettiva, dovrebbe limitarsi a giudicare se la decisione dell'amministrazione sia contestata ragionevolmente per la protezione di un bene che riguarda tutti; se l'interesse comune, che dovrebbe assumere dignità processuale per il tramite della sussidiarietà, sia assorbito dall'interesse pubblico espresso dal potere, ovvero se l'azione pubblica debba essere corretta.

A ben vedere, la costruzione tradizionale del principio di sussidiarietà, tanto verticale quanto orizzontale, lo connette alla ripartizione delle funzioni e delle competenze amministrative, e in senso più ampio al compimento di attività di interesse generale, all'interno dell'ordinamento giuridico: si tratta di un principio relazionale, avente ad oggetto i rapporti tra i diversi livelli territoriali di governo e tra lo Stato e la società civile⁸⁷.

La sussidiarietà orizzontale, in particolare, incide sul rapporto tra autorità e libertà, richiedendo che alla cura dei bisogni collettivi e dell'interesse generale

zazione positiva; quello che considera il principio fonte abilitativa di rinforzo di criteri elaborati per individuare i soggetti legittimati ad introdurre interessi diffusi nel processo; quello che attribuisce al principio di sussidiarietà forza vincolante per l'interprete nell'individuazione dei soggetti portatori di interessi diffusi; quello che attribuisce al principio una forza vincolante sul piano oggettivo e non soggettivo. L'Autore, in ogni caso, nega che la valorizzazione del detto principio porti all'introduzione di una generale azione popolare: dequotato sarebbe solo il requisito della differenziazione, ma non quello della qualificazione, né la condizione dell'interesse a ricorrere.

⁸⁷ T. E. FROSINI, (*voce*) *Sussidiarietà (principio di)*, in *Enc. Dir.*, ann. vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, 1134.

provvedano direttamente i privati cittadini (sia come singoli, sia come associati) e relegando i pubblici poteri ad un ruolo secondario.

In tempi moderni, prima dei Trattati europei⁸⁸ e della Costituzione, si sono avvalsi del termine testi ecclesiali e in particolare l'enciclica «*Quadragesimo Anno*» di Pio XI del 1931⁸⁹, il cui obiettivo fu – in opposizione al regime fascista – quello di sostenere la superiorità assiologica delle società naturali fondate sulla persona rispetto alle organizzazioni artificiali, quali lo Stato per primo⁹⁰.

Nell'ordinamento italiano il principio è stato introdotto dalla l. 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. legge Bassanini) e dalla l. 3 agosto 1999, n. 265, per poi divenire principio costituzionale in seguito alla riforma del titolo V, parte II, Cost. attraverso la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3: l'obiettivo del legislatore ordinario e costituzionale è stato quello di realizzare il decentramento amministrativo e cioè la dislocazione di funzioni tra i diversi soggetti, pubblici e non, al livello possibilmente più vicino a quello del cittadino.

Nella sua declinazione orizzontale, la sussidiarietà dovrebbe determinare una rivoluzione del rapporto tra amministrazione ed amministrati, riconoscendo ai cittadini un ruolo attivo. L'art. 118, co.4 Cost., infatti, grava lo Stato, le Regioni, le Città metropolitane, le Province ed i Comuni dell'obbligo di favori-

88 Il principio di sussidiarietà è stato per la prima volta menzionato dall'art. 3B del Trattato Ce, a mente del quale: «La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono, dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati al meglio a livello comunitario. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato».

89 Enciclica di Pio XI, *Quadragesimo Anno* del 15 maggio 1931. «Siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorberle».

90 T. E. FROSINI, (voce) *Sussidiarietà (principio di)*, cit., 1135.

re l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale.

La domanda che occorre porsi, però, è se un principio attinente alla distribuzione della funzione amministrativa possa avere un valore precettivo rispetto all'esercizio del diritto fondamentale di azione, al punto da modellarne la fisionomia e stravolgerla.

Può davvero essere la sussidiarietà la chiave di volta per riconsiderare totalmente, fino al punto di eliminarlo, un requisito come quello della differenziazione costituente, a ben vedere, un precipitato del carattere soggettivo della nostra giurisdizione e, pertanto, il frutto della lettura congiunta degli artt. 24, 103 e 113 Cost.⁹¹

L'art. 118, co. 4 Cost., nel suo tenore letterale e nella sua collocazione sistematica, sembra suggerire qualcosa di differente: è ubicato nel titolo V della parte II della Costituzione, dedicato alle Regioni, alle Province ed ai Comuni; si rivolge allo Stato – apparato e, in particolare, allo Stato – amministrazione («favoriscono»), pretendendone un ragionevole arretramento.

Estendere le maglie della legittimazione alla luce della sussidiarietà orizzontale – quasi che il destinatario diretto del principio fosse la persona, anziché l'amministrazione – potrebbe tradursi in una forzatura ermeneutica in grado di mutare la cittadinanza da attiva a correttiva, aprendo le porte ad un ripensamento della legalità come autonomo bene della vita.

Ampliare il concetto di «attività di interesse generale» anche all'ambito processuale porterebbe, peraltro, ad un cortocircuito: il singolo, lungi dall'essere «favorito» dall'amministrazione, agirebbe in contrapposizione alla stessa. Il riconoscimento del primato dell'individuo, inoltre, sarebbe occasionato dall'ille-

91 Secondo R. VILLATA, (*voce*) *Legittimazione processuale: II) Diritto processuale amministrativo*, cit., 2, la Costituzione, con gli artt. 24, 103 e 113, ha suggellato la definitiva esistenza di una posizione giuridica di interesse legittimo che, accanto al diritto soggettivo, può godere di una tutela processuale dinanzi al giudice amministrativo e ha posto un indissolubile legame fra la sussistenza della legittimazione come condizione dell'azione e l'esistenza di una posizione sostanziale.

gittimità dell'atto amministrativo, in assenza della quale il ruolo dell'apparato pubblico non verrebbe scalfito.

Allora, nonostante gli apprezzabili tentativi, forse la via va ricercata altrove.

Partendo dalla mancanza di una definizione normativa della legittimazione al ricorso, si potrebbe tentare di rimodellarne la fisionomia, riavvicinando il processo amministrativo a quello civile.

9. Una nuova legittimazione processuale

Il punto di partenza può essere rappresentato dal principio di atipicità delle azioni.

Com'è noto, la natura del diritto di difesa come fondamentale ha condotta la dottrina⁹² e la giurisprudenza, anche amministrativa⁹³, ad ammettere l'esperibilità di rimedi anche diversi da quelli tipizzati dal legislatore.

92 A. PROTO PISANI, *Introduzione sull'atipicità dell'azione e sulla strumentalità del processo*, in *Foro It.*, 2012, 3, secondo cui: «L'art. 24, co. 1 Cost. impone di ritenere che il diritto di azione sia un diritto fondamentale (pubblico o privato poco interessa) che ha come funzione immediata la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, e solo mediamente, la funzione di attuare il diritto oggettivo, e come struttura la pretesa nei confronti dello Stato di prestare la tutela giurisdizionale» [...] «Così che norme quali gli artt. 948 c.c. (azione di rivendicazione), 949 c.c. (azione negatoria), 1079 c.c. (accertamento della servitù e altri provvedimenti di tutela), 2599-2600 c.c. (in tema di repressione della concorrenza sleale) e anche l'art. 30 (azione di condanna) del nuovo Codice del processo amministrativo, appaiono come norme puramente esortative, che potrebbero anche del tutto mancare, perché assorbite dal valore dell'atipicità dell'azione».

93 Secondo Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *giustizia-amministrativa.it*: «nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non precluda la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113). Anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente».

Nel processo amministrativo, in particolare, l'attenzione si è soffermata sull'azione di mero accertamento⁹⁴, annoverabile tra i mezzi di tutela dell'interesse legittimo, nell'ambito di un giudizio che non mira alla rimozione del provvedimento ma ad ottenere un accertamento giurisdizionale di inesistenza dei presupposti della pretesa del controinteressato, al fine di sollecitare il successivo esercizio del potere amministrativo.

Orbene, ove venga attivato siffatto rimedio, mancando un provvedimento da sindacare, l'oggetto del giudizio potrebbe essere identificato con l'accertamento dell'interesse oppositivo del ricorrente, strumentale al successivo esercizio conforme del potere amministrativo.

Tali affermazioni hanno rappresentato una svolta rispetto a quanto tradizionalmente si è sostenuto: l'azione di mero accertamento, nell'opzione a lungo condivisa, non sarebbe stata ammissibile nel processo amministrativo, in quanto giudizio a carattere impugnatorio, incentrato sull'atto; il rapporto amministrativo, poi, sarebbe stato regolato dal provvedimento amministrativo, senza il quale l'interesse legittimo non sarebbe mai sorto⁹⁵.

Considerata l'apertura verso l'atipicità delle azioni e, in particolare, verso azioni di mero accertamento, si potrebbe sostenere che anche nel processo amministrativo sia immaginabile una situazione in cui il ricorrente si trovi ad agire limitandosi ad affermare, e non a dimostrare, la titolarità di una posizione qualificata e differenziata, la cui verifica diverrebbe - come nel processo civile - una questione di merito⁹⁶.

94 Con l'azione di mero accertamento si chiede al giudice di definire il modo di essere di un rapporto oggetto di contestazione; nella tassonomia delle azioni, si colloca nell'ambito del processo di cognizione, affiancando l'azione di condanna e quella costitutiva.

95 Per una disamina approfondita del tema delle azioni atipiche nel processo amministrativo si veda S. CASTROVINCI ZENNA, *Il lungo cammino verso l'effettività della tutela: l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 146 ss.

96 C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2019, 101: «Questa concezione, tuttavia, - l'Autore si riferisce alla legittimazione al ricorso intesa come effettiva titolarità della posizione giuridica - può funzionare in modo adeguato solo (e forse non necessariamente) in un sistema di tutela centrato sull'azione costitutiva di annullamento, mentre non risulta ugualmente appagante in un impianto processuale caratterizzato da una pluralità di azioni possibili. Infatti, se al

Una tale conclusione, peraltro, sarebbe corroborata dalla concezione di interesse legittimo quale posizione giuridica sostanziale, avente ad oggetto un bene della vita⁹⁷, e del processo amministrativo quale giudizio di spettanza⁹⁸, ispirato al canone dell'effettività⁹⁹.

Ove così fosse, le barriere alla tutela degli interessi comuni e, più generalmente metaindividuali, potrebbero allentarsi.

La legittimazione a ricorrere finirebbe per svincolarsi dal piano sostanziale e si collocherebbe sul mero piano dell'azione. Si avrebbe un definitivo supe-

cuore del processo vengono collocate le situazioni soggettive – e non la verifica sulla (il)legittimità del provvedimento – e se si ammette che il sindacato del giudice (sia pure a certe condizioni) si allarghi alla fondatezza dell'istanza del privato, la posizione azionata in una fase preliminare potrà solo essere affermata e non dimostrata nella sua effettiva consistenza, che emergerà solo a seguito del processo».

97 Sul fatto che il bene della vita costituisca l'oggetto dell'interesse legittimo, in realtà, non c'è univocità di vedute. Secondo F. G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, 313, l'oggetto della situazione soggettiva è il provvedimento favorevole, costituendo il bene della vita il fine mediato per il quale il privato dialoga con il potere.

98 C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, cit., 50 ss.: «se il *petitum* non si identifica più con l'annullamento del provvedimento, la legittimazione è destinata a contrarsi: non può essere l'effettiva titolarità di un interesse legittimo, ma deve essere la mera affermazione di quell'interesse. E questo per un duplice ordine di ragioni, tra loro perfettamente simmetriche. Dal punto di vista sostanziale, la posizione sostanziale del ricorrente può avere una varietà di contenuti la cui soddisfazione è (altrettanto) variamente assicurata: possono essere diversi i risultati garantiti e possono essere diversi i tempi in cui questa garanzia diverrà reale in relazione ai caratteri del potere (vincolato o discrezionale) e, da qui, al momento in cui verrà a prodursi una "ingerenza" del giudice sull'esercizio del potere amministrativo (in fase di cognizione o di esecuzione). Dal punto di vista processuale (ma, come si è visto, è l'altra faccia di una stessa medaglia), una volta che si ammette che il giudice possa pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza, la posizione soggettiva fatta valere in fase preliminare (di verifica di ammissibilità dell'azione) può solo essere affermata e non dimostrata nella sua effettiva consistenza. E, dal momento che l'azione di adempimento (o di condanna a un fare specifico) può essere esperita non solo nei casi di attività vincolata ma anche quando non residuano ulteriori spazi di discrezionalità, e considerato altresì che tendenzialmente è proprio il giudizio che consente di verificare se la discrezionalità si sia in qualche modo consumata in relazione alle risultanze dell'istruttoria procedimentale, è evidente che la configurazione della legittimazione in chiave di affermazione è un approdo valevole potenzialmente in relazione a qualunque vicenda che contrapponga amministrazione e soggetto privato. In altri termini, che il bene della vita sia garantito ex ante e quindi il sindacato del giudice sulla fondatezza della pretesa possa dirsi pieno già in fase di cognizione è un elemento che solo il processo può determinare: la qual cosa rende, appunto, generalizzabile la concezione della legittimazione appena prospettata».

99 C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, cit., 162: «Una volta che sia constatata l'esistenza di una situazione di vantaggio, l'art. 24 impone che a tale posizione si accordata tutela; in punto di legittimazione il giudice dovrà solo verificare che il soggetto possa essere titolare della posizione di cui egli si affermi titolare».

ramento della concezione di legittimazione intesa come titolarità effettiva di una posizione qualificata e differenziata. Il ricorrente eserciterebbe un potere di natura processuale, slegato dalla situazione sostanziale.

La legittimazione andrebbe intesa come la titolarità di un potere di azione fondato sulla mera affermazione da parte del ricorrente circa la titolarità della posizione soggettiva di cui si chiede tutela nel giudizio amministrativo¹⁰⁰.

Sarebbe, per verità, necessario un ulteriore passaggio: il requisito della differenziazione, la cui verifica diverrebbe una questione più propriamente di merito, dovrebbe complessivamente essere assorbito dal predicato della qualificazione. Ove così non fosse, evidentemente, la difesa degli interessi legati ai beni comuni rimarrebbe impraticabile: dall'inammissibilità si passerebbe, semplicemente, all'infondatezza; il *quisque de populo* potrebbe agire, ma vedrebbe comunque la sua pretesa insoddisfatta a seguito dell'accertamento nel merito del carattere indifferenziato dell'interesse.

Così facendo, tuttavia, si renderebbe sostanzialmente inutile il passaggio logico precedente: tramutare i requisiti della legittimazione in un esclusivo vago di meritevolezza, senza verificare che la persona sia stata interessata dal potere amministrativo, implicherebbe la possibilità di ottenere giustizia anche continuando a concepire la legittimazione in termini sostanziali; non ci sarebbe nemmeno più bisogno di scindere la posizione processuale dalla situazione sostanziale.

Non si può omettere, peraltro, che la qualificazione del processo amministrativo quale processo di parti sarebbe un forte elemento a favore della considerazione della legittimazione al ricorso come titolarità e non mera affermazione della situazione soggettiva, giacché la legittimazione assolve alla funzione di individuare le parti del rapporto giuridico controverso. Solo nella fase di merito, di contro, il processo dovrebbe servire «ad elaborare una regola per quel

100 S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, 3, 653.

rapporto, resolvendo il conflitto che ha generato al lite»¹⁰¹. In dottrina¹⁰², allora, si è tentato di risolvere il problema invocando la nozione di «posizioni legittimanti»¹⁰³, quale criterio indicatore della sussistenza del potere di azione. Legittimato al ricorso sarebbe, secondo questa ricostruzione, il soggetto che si trovi in una certa posizione, rilevante sul piano processuale e distinta dalla situazione giuridica sostanziale, idonea a conferirgli il potere di azione per la tutela di un interesse ritenuto in astratto meritevole dall'ordinamento giuridico.

I requisiti della qualificazione e della differenziazione andrebbero riferiti alla posizione legittimante e non alla situazione soggettiva: la qualificazione implicherebbe la meritevolezza della posizione sostanziale affermata in giudizio, alla luce non solo del diritto oggettivo ma anche dell'interpretazione di matrice giurisprudenziale; la differenziazione, invece, sarebbe insita nell'esistenza stessa della posizione legittimante.

La legittimazione a ricorrere equivarrebbe al potere di agire in sede giurisdizionale per la tutela di un interesse sostanziale di cui il ricorrente afferma la titolarità astratta, coincidente con l'interesse legittimo ma anche con interessi differenti. Le posizioni legittimanti, infatti, sarebbero molteplici: oltre a quella legata alla titolarità di un interesse legittimo, potrebbero individuarsi posizioni legate ad interessi sovraindividuali, pubblici, o ancora posizioni legittimanti *uti cives*.

101 B. GILBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 167. L'Autore continua affermando che: «Su queste basi, si osserva che gli accertamenti circa la legittimazione ad agire, pur potendo attingere – nei termini che si vedranno – al medesimo quadro normativo e probatorio proprio della pronuncia di merito, si muovono su di un piano differente rispetto alle verifiche proprie di questo, perché con essi viene data risposta – in caso positivo mediante riconoscimento della spettanza ad un giudizio sul merito della domanda – unicamente al quesito del se il potere amministrativo oggetto di contestazione in giudizio abbia prodotto effetti nella sfera giuridica (che nella prospettiva offerta è posizione di sovranità) del ricorrente».

102 S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, cit., 653.

103 La nozione di «posizione legittimante» è stata in passato proposta dalla dottrina. In tal senso si veda P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, vol. II, VI ed., Milano, Giuffrè, 2001, 170 ss.; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, cit., 478.

In realtà, il concetto di posizione legittimante è stato originariamente concepito in stretta correlazione con il solo interesse legittimo: la pretesa sostanziale – intesa¹⁰⁴ come pretesa alla legittimità dell'atto amministrativo – non verrebbe riconosciuta a chiunque, bensì solo a quei soggetti che rispetto al potere amministrativo si trovino in una situazione differenziata per la preesistenza di un rapporto giuridico su cui il provvedimento vada ad incidere. Le posizioni legittimanti non dialogherebbero con altri interessi, comuni o diffusi¹⁰⁵. Anche in tale prospettiva, in ogni caso, la mera qualificazione dell'interesse non sarebbe sufficiente, la legittimazione trovando fondamento nella differenziazione, declinata come compressione, da parte del potere, non di un interesse genericamente apprezzabile, ma di un rapporto giuridico già esistente.

Peraltro, la ricostruzione menzionata¹⁰⁶, dopo esser partita dall'assunto della separazione del potere d'azione dall'effettiva titolarità della situazione soggettiva, attribuisce concretamente la legittimazione non a chi sostenga di trovarsi ma a chi si trovi effettivamente in una posizione legittimante. Legare la legittimazione alla mera affermazione della spettanza di un interesse qualificato e differenziato, tuttavia, dovrebbe mettere in non cale qualsiasi riferimento all'effettiva titolarità di una diversa condizione¹⁰⁷.

Il cortocircuito della legittimazione è evidente: costituisce l'inevitabile conseguenza della stessa nozione di interesse legittimo, cui l'art. 24 Cost. riconosce tutela, quale posizione sostanziale, qualificata e differenziata. La differenziazione, in effetti, è un necessario corollario del carattere sostanziale e non processuale della situazione giuridica, il quale presuppone in capo al titolare la

104 P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, cit., 170 ss.

105 Non a caso le principali fattispecie vengono individuate nella c.d. subordinazione speciale, in cui il cittadino è soggetto ad un potere gerarchico o disciplinare della p.a.; nella partecipazione ad una selezione o ad una gara; nella presentazione di una istanza; nel ritiro o modifica di un precedente atto ampliativo; nell'affievolimento di un diritto soggettivo.

106 S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, cit., 653.

107 Peraltro, la storicità delle «posizioni legittimanti» – così come rilette dalla menzionata ricostruzione – aprirebbe ad una costante variabilità delle stesse, legata alla sensibilità sociale di un dato momento storico, con inevitabili profili di incertezza e soggettivismo giuridico.

sussistenza di una posizione diversa e più intensa rispetto alla generalità dei cittadini¹⁰⁸.

A parere di chi scrive, inoltre, la considerazione della legittimazione al ricorso come titolarità della situazione soggettiva e non come mera affermazione costituisce corollario della natura strumentale dell'interesse legittimo¹⁰⁹, quale posizione che non può avere realmente ad oggetto il bene della vita finale: nel processo amministrativo, invero, il soggetto agisce non per ottenere il riconoscimento di una pretesa, la cui soddisfazione è solo eventuale, ma per contestare il modo in cui il potere amministrativo è stato esercitato, in vista della possibile soddisfazione dell'interesse materiale. Per censurare l'esercizio del potere, evidentemente, non è possibile prescindere dalla preesistenza di una relazione con esso¹¹⁰.

Rimeditare i connotati della legittimazione implicherebbe, alla luce di quanto detto, riconsiderare la nozione stessa di interesse legittimo.

10. Ancora sui beni ambientali: differenziazione come principio generale

La logica della differenziazione dell'interesse, oltre che della sua qualificazione, trova peraltro una conferma netta proprio nella legislazione ambientale. Gli artt. 309 e 310 del D.lgs. n. 152 del 2006, infatti, affermano la legittimazione ad agire «secondo i principi generali» per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni di cui alla parte sesta del decreto nonché avverso il silenzio inadempimento del Ministro dell'ambiente, oltre che delle Regioni, delle Province autonome e degli enti locali, anche delle «persone fisiche o giuridiche che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantino un interesse legittimante la partecipazione al pro-

108 A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIV ed., Torino, Giappichelli, 2021, 69.

109 F. G. COCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit.; 313.

110 In senso contrario, C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, cit., 148, secondo cui: «la legittimazione dovrebbe essere ampliata anche alla luce della valenza “strumentale” dell'interesse legittimo: se, cioè, l'interesse legittimo si collega a un bene finale che non può essere (per definizione) garantito all'individuo, a maggior ragione il diritto di agire dovrebbe essere sganciato dal sottostante contesto sostanziale (la pretesa al bene della vita)».

cedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino»¹¹¹.

La disposizione riconosce la legittimazione a favore delle persone fisiche e giuridiche al ricorrere di due condizioni alternative: deve trattarsi di soggetti che sono stati colpiti, o che potrebbero esserlo, da un danno ambientale; ovvero, di soggetti portatori di un interesse che legittimi la loro partecipazione al procedimento per l'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino.

Non *chiunque*, ma soggetti ben individuati. Per quanto possa sostenersi che il danno ambientale, qualificato dall'art. 300 del codice dell'ambiente come «qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima», ci colpisca tutti, rendendo più difficile il possibile godimento di risorse esauribili – quali sono tipicamente i beni comuni – è evidente che la *ratio* della norma sia quella di individuare una pletora specifica di soggetti e cioè coloro che abbiano patito, o possano patire, delle concrete conseguenze pregiudizievoli immediatamente riconducibili all'evento lesivo dell'entità ambientale.

Le lettera della disposizione, inoltre, avvalendosi del condizionale («potrebbero»), è ulteriormente indicativa della necessità di una differenziazione: oltre ai soggetti lesi, sono legittimati anche coloro che, secondo una valutazione *ex ante* di carattere probabilistico, potrebbero subire un pregiudizio legato al danno ambientale; rimangono fuori, di contro, coloro i quali, sulla base dello stesso giudizio, andrebbero esenti da conseguenze (non sarebbe legittimato, pertanto, il soggetto qualunque, titolare di un mero interesse di fatto e non di una posizione differenziata).

111 A queste disposizioni si affiancano gli artt. 13 e 18 della legge n. 349 del 1986, a mente dei quali le associazioni individuate con apposito decreto del Ministro dell'ambiente possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi.

«Secondo i principi generali», il *quisque de populo* non può agire in giudizio a tutela di beni pur di interesse comune.

Sui medesimi binari, poi, si colloca il secondo requisito: essere portatori di un interesse legittimante alla partecipazione al procedimento. Anche in tale ipotesi, invero, la legittimazione è riconosciuta a coloro «cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento», come è evincibile dall'art. 9 della l. 7 agosto 1990, n. 241¹¹². *A contrario*, chi si trovi in una posizione di indifferenza rispetto all'atto non può agire.

Il diritto dell'ambiente, in ogni caso, ha rilievo anche da un differente angolo di visuale: quello dell'accesso ai documenti. Questa volta, però, non in quanto evocativo di canoni generali, ma come fattispecie derogatoria idonea a valorizzare il criterio interpretativo dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Prima ancora che fosse introdotto l'accesso civico, infatti, l'art. 3 *sexies* del codice dell'ambiente aveva previsto, in attuazione della Convenzione di Aarhus, ratificata dall'Italia con la legge 16 marzo 2001, n. 108, che chiunque, senza essere tenuto a dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante, possa accedere alle informazioni relative allo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale.

Lo scopo dell'accesso ambientale, a ben vedere, non sarebbe tanto quello di soddisfare un interesse del privato, quanto quello di presidiare l'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente. Oltre a prevedere una legittimazione diffusa, il legislatore ha esteso l'oggetto dell'accesso anche alle mere informazioni, in deroga a quanto previsto dalla legge n. 241 del 1990¹¹³.

112 R. FERRARA, (voce) *Interessi collettivi e diffusi*, cit., 491. L'Autore evidenzia come uno dei criteri fatti propri dalla giurisprudenza per giuridicizzare l'interesse diffuso sia stato proprio quello della partecipazione procedimentale.

113 Ulteriore specialità è individuabile nella necessità di soddisfare anche istanze generiche, non corredate dalla precisa individuazione del documento, così cercando di rendere maggiormente effettivo il diritto di accesso, anche ove la complessità della materia e l'assenza di un legame diretto tra bene ed individuo facciano sì che il cittadino difficilmente possa conoscere nel dettaglio in quale documento sia contenuta l'informazione necessaria.

Ciò posto, pur nella consapevolezza della mancanza di un legame biunivoco tra accesso e legittimazione ad agire, è opportuno sottolineare come, rispetto ad un istituto che è tradizionalmente legato al necessario accertamento di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento, il legislatore abbia percepito la necessità di intervenire per modellarne la fisionomia secondo parametri maggiormente conformi alla delicatezza del bene coinvolto.

Ed è questa l'unica via possibile: a fronte delle difficoltà evidenti nell'aprire oltre certi margini le porte della tutela giurisdizionale per via meramente interpretativa, va rimesso solo alla legge il compito di individuare strumenti (ad esempio, forme di legittimazione straordinaria) capaci di presidiare beni la cui importanza è fuori discussione. Spetta alla legge, qualora la sensibilità e le esigenze sociali si orientino in tal senso, conformare il processo, in peculiari settori, a garanzia di una tutela effettiva degli interessi. È la legge, d'altro canto, il principale mezzo di tutela degli interessi comuni, quale atto espressione della volontà del popolo, adottato nella dialettica parlamentare tra maggioranza e minoranza.

Una generale riconsiderazione ermeneutica dell'area della legittimazione – tale da riconoscere l'azione anche al singolo in posizione non differenziata, per la tutela di beni comuni – oltre ad essere un'opera complessa, sarebbe distonica rispetto a quella che, in base a quanto visto in materia ambientale, pare essere una tendenza dell'ordinamento, cioè ancorare il potere di reazione processuale al ricorrere di caratteri distintivi.

Ci sarebbe, per giunta, il rischio di un pesante aggravio della macchina della giustizia, nonché la possibilità di paralisi di tutte quelle attività umane che, in base ad un giudizio prettamente soggettivo, potrebbero apparire lesive di un interesse comune.

Un riscontro della necessaria diversificazione della posizione di chi agisce da quella del *quisque de populo*, infine, si potrebbe avere anche indagando la giurisprudenza in tema di obbligo di provvedere dell'amministrazione.

Con maggior impegno esplicativo, si potrebbe sostenere che, a fronte di un riconoscimento di un ruolo attivo e proattivo dell'amministrato rispetto alla tutela dei beni comuni, il superamento del requisito della differenziazione dovrebbe avvenire non solo sul piano processuale ma anche su quello sostanziale: il singolo *uti civis*, invero, prima ancora che poter agire in giudizio, dovrebbe, con un proprio esposto, far sorgere in capo all'amministrazione preposta alla cura di un determinato bene l'obbligo di provvedere e di intervenire. Com'è noto, tuttavia, non sono queste le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza: il criterio discrezionale tra una istanza idonea a radicare il dovere di provvedere e il mero esposto, infatti, viene ravvisato proprio nell'esistenza in capo al privato di uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella della collettività¹¹⁴.

11. Un ostacolo ulteriore: l'interesse a ricorrere

Al pari della legittimazione, l'interesse a ricorrere¹¹⁵, quale seconda condizione dell'azione, integra – nelle varie configurazioni che pure ne sono state fornite – un limite alla possibilità di agire in giudizio per la tutela di un bene comune.

114 Ex *multis*, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 19 marzo 2021, n. 724 in *giustizia-amministrativa.it*.

115 Secondo G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 59, il ruolo dell'interesse ad agire nel processo civile sarebbe assai controverso. Secondo l'Autore: «Oggi sembra prevalere l'opinione secondo cui l'interesse ad agire svolgerebbe un ruolo autonomamente apprezzabile solo nell'ambito delle azioni di mero accertamento ed in quella cautelare (nella quale ultima s'identificherebbe, peraltro, con il *periculum in mora*), e non anche nell'azione costitutiva o di condanna: non nella prima poiché, trattandosi di un'azione consentita in ipotesi tipiche, la valutazione dell'interesse ad agire sarebbe stata compiuta, a monte, dallo stesso legislatore, e rimarrebbe assorbita dalla sussistenza dei fatti costitutivi del diritto alla modificazione giuridica cui essa mira; non nella seconda poiché la sentenza di condanna presuppone – come fatto costitutivo – l'inadempimento, e dunque una lesione già attuale del diritto, da cui non può non scaturire l'interesse alla tutela giurisdizionale».

Ai sensi dell'art. 100 c.p.c, cui fa rinvio l'art. 39 c.p.a, «per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse». Peraltro, alla suddetta condizione parrebbero fare riferimento diverse disposizioni del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104,¹¹⁶ le quali, pertanto, contribuiscono a rimarcare l'indispensabilità ai fini della proposizione del ricorso al giudice amministrativo.

Si tratta di una condizione la cui funzione sarebbe identificare il danno ingiusto che l'attore patirebbe senza l'intervento del giudice¹¹⁷, e che risponde, al contempo, ad esigenze di economia processuale, in quanto idonea ad evitare sentenze inutili¹¹⁸.

L'interesse a ricorrere, normalmente, è inteso non come semplice idoneità dell'azione a realizzare il risultato perseguito ma come interesse proprio del ricorrente ad ottenere un vantaggio (materiale o, in certi casi, morale) attraverso il processo amministrativo¹¹⁹. Il risultato utile che il ricorrente deve dimo-

116 Si pensi all'art. 35, co. 1, lett. b e c) c.p.a. (il ricorso è inammissibile quando «è carente l'interesse»; il ricorso è improcedibile quando «nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse») e all'art. 34, co. 3 c.p.a. («quando, nel corso del giudizio, l'annullamento non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori. In realtà, un riferimento alla condizione dell'interesse a ricorrere può essere rinvenuto anche nell'art. 13, co. 4**bis** («La competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere»), nonché nell'art. 31, co. 1 («Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere») del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104

117 G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, II ed., Napoli, Jovene, 1947, 161 ss.

118 Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014 n. 9, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui: «sul punto è sufficiente ricordare la prevalente tesi (corroborata dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, cfr. 22 aprile 2013, n. 9685), secondo cui tali condizioni (ed in particolare il c.d. titolo e l'interesse ad agire), assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli artt. 24 e 111 Cost.; tale scrutinio di meritevolezza, costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio al fine di approdare attraverso la riduzione dei tempi della giustizia ad un processo che risulti anche giusto».

119 Cons. Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui: «nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato». In dottrina A.

strare di poter ottenere non si sostanzia nel semplice presidio dell'interesse legittimo ma in una posizione specifica di vantaggio. L'utilità, peraltro, è intesa ormai costantemente come *finale* o *strumentale*: non solo, il bene della vita, ma anche una mera *chance* basata sulla riedizione del potere¹²⁰.

Nel diritto amministrativo, peraltro, originariamente il ruolo dell'interesse a ricorrere quale filtro di accesso alla giustizia è stato accentuato dai caratteri stessi del processo, pensato come strumento di soddisfazione dell'interesse alla legalità amministrativa e dalla concezione di interesse legittimo quale pretesa di natura processuale, frutto a sua volta di una fisionomia autoritaria – non più attuale alla luce della Costituzione – dei rapporti tra amministrazione e amministrato¹²¹. Oggi, al contrario, la nozione di interesse al ricorso rappresenta uno dei perni alla base della concezione soggettiva del processo, quale strumento di selezione degli interessi meritevoli di tutela¹²².

In ogni caso, secondo l'impostazione tradizionale l'interesse che sorregge il ricorso deve essere personale, diretto ed attuale¹²³.

TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 204, evidenzia come, ai fini della configurabilità dell'interesse al ricorso, non basterebbe la lesione dell'interesse legittimo ma servirebbe la possibilità di ottenere una utilità specifica: «Si pensi a una graduatoria concorsuale per l'assunzione di pubblici dipendenti, la cui legittimità sia contestata per l'attribuzione ad un candidato di un punteggio inferiore al dovuto: la giurisprudenza amministrativa ritiene ammissibile il ricorso solo nel caso che il candidato dimostri che l'attribuzione del punteggio corretto lo avrebbe collocato in una posizione utile per l'assunzione. In caso contrario il ricorso viene ritenuto inammissibile per carenza di interesse a ricorrere».

120 Vedi, tra le altre, Cons. Stato, Ad. Plen., 21 maggio 2019, n. 8, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui: «Che poi l'interesse di carattere strumentale alla ripetizione della procedura di gara sia sufficiente ad integrare l'interesse ex art. 100 cod. proc. amm. ad agire in sede giurisdizionale è acquisizione ormai pacifica presso la giurisprudenza amministrativa (a livello nomofilattico si ricorda: Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11; presso le Sezioni di questo Consiglio di Stato, oltre alla sentenza parziale di rimessione, vanno ricordate della stessa le sentenze 15 novembre 2018, n. 6439, 22 giugno 2018, n. 3861; e della VI Sezione, 18 gennaio 2018, n. 293».

121 L. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004, p. 60.

122 Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 9, cit.

123 Secondo Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 9, cit., la verifica dell'interesse, e dei suoi requisiti, va condotta «sulla base degli elementi desumibili dal ricorso, e al lume delle eventuali eccezioni di controparte o dei rilievi ex officio, prescindendo dall'accertamento effettivo della (sussistenza della situazione giuridica e della) lesione che il ricorrente afferma di aver subito. Nel senso che, come è stato osservato, va verificato che “la situazione giuridica soggettiva

La personalità sussiste quando l'utilità raggiungibile attenga in modo immediato alla sfera giuridica del ricorrente, non bastando che l'interesse sia pertinente alla sfera di un soggetto cui il ricorrente è strettamente legato.

Il carattere diretto dell'interesse, invece, impone di verificare che l'effetto lesivo derivi immediatamente dal provvedimento impugnato.

L'attualità, infine, implica che la lesione sia già stata prodotta dall'atto impugnato, non richiedendosi l'adozione di atti successivi ed essendo irrilevanti eventi futuri ed incerti¹²⁴.

Orbene, seppur sia innegabile che la rigidità di tali requisiti venga stemperata da atteggiamenti interpretativi spesso volti ad allargare gli spazi di tutela delle posizioni degli amministratori¹²⁵, è alquanto arduo immaginare che un cittadino residente ad Udine possa essere portatore di un interesse personale e, quindi, possa ambire ad una utilità, anche solo strumentale, rispetto alla caducazione di un provvedimento concernente una bellezza del territorio di Pantelleria¹²⁶.

affermata possa aver subito una lesione" ma non anche che "abbia subito" una lesione, poiché questo secondo accertamento attiene al merito della lite».

124 Per una ricostruzione completa dei connotati dell'interesse al ricorso si veda R. VILLATA, (voce) *Interesse ad agire*, II) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, Roma, Treccani, 1989, 4.

125 R. FERRARA, (voce) *Interesse e legittimazione al ricorso* (*Ricorso giurisdiz. Ecc.*), *cit.*, 473, secondo cui: «L'apparente rigore di tali enunciati si stempera in una costruzione teorica la quale è, intuitivamente, abbastanza larga e permissiva, in quanto sostanzialmente finalizzata a consentire una più estesa giustiziabilità delle posizioni di vantaggio dei cittadini anziché restringere gli spazi di tutela giurisdizionale. In questo quadro, non solo è sufficiente che il vantaggio che il ricorrente si ripromette di ricavare dalla caducazione dell'atto impugnato sia meramente potenziale, ma esso può essere, secondo un indirizzo giurisprudenziale pressoché costante, anche semplicemente morale o strumentale».

126 Il professor Rodotà, presidente dell'omonima commissione, ebbe a sostenere che: «se il bene comune è, per esempio, qualcosa che sta nell'isola di Pantelleria dove si vuole fare uno scempio di un ambiente naturale, io, che abito a Udine e non ho nessuna intenzione di andare a Pantelleria, debbo potere avere il diritto di chiedere un intervento dell'autorità giudiziaria amministrativa? La risposta è sì, perché la tutela di quel bene è svincolata dal mio interesse specifico. Io voglio che quell'ambiente rimanga intatto non solo per ragioni astratte, ma perché lo voglio ritrovare intatto il giorno in cui decido di andarci, lo voglio conservare per i miei figli e i miei nipoti, lo voglio conservare nell'interesse anche degli isolani che possono essere prigionieri di egoismi o di pressioni di ogni genere. Quindi io gioco questo ruolo rispetto a un bene che deve rimanere comune».

A dire il vero, nonostante le ripetute affermazioni della giurisprudenza, non mancano voci in dottrina¹²⁷ che negano, in via di principio, la portata dell'interesse a ricorrere.

L'art. 24 Cost., invero, presidiando diritti ed interessi legittimi, non si limiterebbe a garantire il potere formale di agire in giudizio ma graverebbe lo Stato di “*una sorta di obbligo di risultato*”: il diritto d'azione, in quanto sussumibile nella categoria dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., preesisterebbe allo Stato, il quale assumerebbe il compito di garantirne il godimento effettivo; non si eserciterebbe nei confronti dello Stato ma attraverso lo Stato, come forma di esercizio della sovranità.

Non sembrerebbe, pertanto, ammissibile che tale diritto fondamentale venga limitato dalla valutazione relativa all'interesse processuale. Quest'ultimo sarebbe destinato ad essere inglobato nella funzionalizzazione dell'azione alla protezione della situazione sostanziale: l'interesse integrerebbe semplicemente la causa tipica dell'azione¹²⁸.

In questi termini, ove il diritto di azione sia esercitato per una causa diversa da quella sua tipica, a difettare non sarebbe l'interesse ma la stessa azione.

La ricognizione circa l'utilità dell'azione, allora, lungi dal rappresentare un collegamento tra sostanza e processo, finirebbe inevitabilmente per essere assorbita nel giudizio relativo alla sussistenza e pertinenza della posizione soggettiva sostanziale. L'interesse non dovrebbe rilevare sul piano delle condizioni

127 L. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, cit., 252 ss. L'Autore, in realtà, opera una distinzione tra l'ipotesi in cui sia tipizzata, oltre che l'azione in forza dell'art. 24 Cost., la pronuncia e il caso in cui l'effetto della pronuncia non sia tipico: solo in quest'ultimo caso sarà necessario verificare se in concreto l'azione sia intesa alla tutela della posizione sostanziale e, cioè, se la decisione giurisdizionale sia tale da poter assicurare la tutela del diritto e dell'interesse. Solo l'assenza di qualsiasi effetto utile, anche solo strumentale, alla tutela della posizione sostanziale consentirebbe di escludere il diritto di azione in concreto. Anche A. ATTARDI, (voce) *Interesse ad agire*, in *Dig. It. Disc. Priv.*, sez. Civ., vol. IX, Torino, Utet, 1993, 514 ss., nega in via di principio la portata precettiva dell'art. 100 c.p.c.: l'interesse ad agire assumerebbe rilievo solo nelle azioni di mero accertamento e nei rimedi cautelari. Anche A. NASI, (voce) *Interesse ad agire*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Varese, Giuffrè, 1972, 28 ss., nega il rilievo dell'interesse ad agire, finanche nell'azione di mero accertamento.

128 L. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, cit., 252 e ss.

generali dell'azione ma sul versante dell'identificazione della situazione giuridica tutelabile: i casi in cui l'inammissibilità dell'azione viene ricondotta alla carenza di interesse al ricorso dovrebbero essere al più considerati ipotesi in cui a mancare è la pretesa sostanziale.

Superare il tema dell'interesse processuale, tuttavia, ripropone la necessità di un vaglio circa la pretesa sostanziale inerente al bene comune. Non accertare pregiudizialmente la sussistenza dell'interesse al ricorso, infatti, non significa poter prescindere dall'esistenza di una situazione giuridica soggettiva presidiabile alla luce dell'ordinamento giuridico. Se non c'è la posizione sostanziale, non si può configurare il rimedio. Si è già rilevato, tuttavia, come una tale possibilità si disveli ardua nella prospettiva del singolo *uti civis*.

12. Il ruolo dell'azione popolare

Per completezza, giova rilevare come una delle possibili vie prospettate per la soluzione dell'*impasse* sia stata quella della valorizzazione delle c.dd. azioni popolari.

L'origine dell'istituto risale al diritto romano (*actio popularis*)¹²⁹. Di fianco alle azioni private, che miravano a preservare interessi individuali, il diritto ro-

129 Paolo dà la seguente definizione di azione popolare: «*Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*» (Dig. 47, 23, 1). In determinati casi, il singolo cittadino poteva istituire un processo privato, usando formule di azioni pretorie, con l'obiettivo di ottenere il pagamento di una pena in denaro da colui che si era reso responsabile di un fatto lesivo del pubblico interesse. Specie tipiche di azioni popolari, qualificate come tali dalle fonti del diritto romano, erano varie azioni nascenti da delitto o da quasi delitto. L'azione *de sepulchro violato*, che poteva essere esercitata da chiunque, nel caso di inerzia dell'interessato, avverso il violatore del sepolcro (Ulp. Dig. 47, 12, 3, 12); l'azione *de deiectis et effusis*, con cui potevano essere perseguiti quelli che dalle case gettavano oggetti nella pubblica via (Ulp. Dig. 9, 3, 5, 5); l'azione *de positis et suspendis*, diretta contro chi teneva sospeso sul tetto un oggetto, senza prendere le necessarie precauzioni per evitarne la caduta sul luogo pubblico (Ulp. Dig. 9, 3, 5, 6 e 13); l'azione *de albo corrupto*, diretta contro chi avesse dolosamente violato l'editto pretorio (Ulp. Dig. 2, 1, 7); l'azione *de collusione detegenda* (Ulp., Dig. 40, 16); l'*accusatio suspecti tutoris* (Ulp. Dig. 26, 10, 1, 6); l'azione *de termine moto*, diretta contro chi rimuoveva i confini delle proprietà private (Mod. Dig. 47, 21, 1). Un'ulteriore figura di azione popolare – che costituisce il più diretto antecedente dell'azione suppletiva moderna – è stata introdotta da Giustiniano: l'*actio de pias causas*, per ottenere il pagamento del legato pio, nel caso in cui i vescovi trascurassero di chiederlo (Cod. 1, 3, 46).

mano contemplava degli strumenti riconosciuti al cittadino per la tutela dell'interesse pubblico.

È evidente la ragione che porta a farne menzione nella ricerca di validi strumenti a presidio dei beni comuni: l'idea del singolo che si erige a salvaguardia di interessi pubblici è contigua alla possibilità che l'individuo agisca per interessi comuni.

Nella sua successiva riscoperta da parte dello Stato liberale, tuttavia, l'azione popolare ha assunto una dimensione di eccezionalità: nei casi previsti dalla legge, si è riconosciuta a chiunque (*quisque de populo*) l'azione volta alla tutela dell'interesse pubblico.

Nell'Europa moderna, infatti, il cittadino ha finito per contrapporsi allo Stato, il quale – concepito come entità a sé stante – ha monopolizzato tutto ciò che è declinabile come pubblico. In uno Stato così, quindi, era naturale che le speranze dell'azione popolare sarebbero andate deluse¹³⁰.

In ogni caso, oggi, si è soliti distinguere tra azione popolare *suppletiva* e *correttiva*. Nell'azione popolare suppletiva l'attore popolare supplisce all'inerzia della pubblica amministrazione, sostituendosi alla legale rappresentanza dell'ente per far valere, nei confronti di un terzo, un diritto o un interesse dell'ente stesso. Nell'azione popolare correttiva l'attore esercita un'azione diretta contro la stessa pubblica amministrazione allo scopo, appunto, di far correggere una situazione di illegittimità dalla stessa posta in essere¹³¹.

Il criterio distintivo, a ben vedere, risiede nella legittimazione passiva: nel primo caso – azioni suppletive – spetta ad un terzo, nei cui confronti l'amministrazione è titolare di un diritto; nel secondo, invece, spetta all'amministrazione stessa¹³².

130 A. DI PORTO, *Res in usu publico e beni comuni. Il nodo della tutela*, cit., 19.

131 D. BORGHESI, (voce) *Azione popolare*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, Treccani, 1988, 1 ss.

132 C. MIGNONE, (voce) *Azione popolare*, in *Dig. It. Disc. Pubbl.*, vol. II, Torino, Utet, 1987, 145 ss. Secondo l'Autore, il criterio si attaglierebbe ai soli casi in cui l'azione popolare si presenta con l'atto introduttivo di una lite. La distinzione, peraltro, non sarebbe propriamente univoca, non essendo sempre sicuro l'inserimento di una fattispecie nell'una o nell'altra categoria.

L'eccezionalità dell'istituto deriverebbe dall'assenza, in capo all'attore, di un interesse suo personale violato e bisognoso di tutela¹³³: nell'azione popolare, infatti, l'attore si presenta come portatore di un interesse che non è proprio, ma pubblico o generale. Si tratterebbe - almeno per le azioni suppletive, essendo le azioni correttive forme di democrazia diretta - di casi di sostituzione processuale, per i quali varrebbe la logica dell'art. 81 c.p.c., a mente del quale è possibile far valere nel processo un diritto altrui solo nei casi previsti dalla legge. L'attore popolare, quindi, sarebbe portatore di una mera legittimazione: ci sarebbe una scissione tra interesse processuale ed interesse sostanziale¹³⁴.

Configurare l'istituto quale mezzo per far valere un proprio interesse indifferenziato, autonomo rispetto alla posizione dell'ente sostituito (nell'azione suppletiva) o a quello dedotta in giudizio (nell'azione correttiva), contrasterebbe con la lettera della stessa legge. Da un esame della stessa, infatti, emergerebbe come l'attore popolare - quantomeno nelle azioni suppletive - non faccia mai valere un interesse personale ma sempre di qualcun altro. La formulazione dell'art. 9 del T.U.E.L., ad esempio, ne sarebbe la dimostrazione: ciascun eletto-

133 B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, cit., 58. L'Autore riporta la posizione di quanti considerano le azioni popolari forme di giurisdizione oggettiva, «dal momento che dette azioni non perseguirebbero alcuna logica di reintegrazione soggettiva di carattere puramente individualistico. Il ricorrente, infatti, non agirebbe alcuna posizione giuridica differenziata».

134 Secondo SAVIGNY e MOMMSEN, le azioni popolari nel diritto romano avrebbero avuto natura meramente procuratoria: sarebbero rientrate nel novero delle azioni pubbliche e sarebbero stati mezzi processuali utilizzati dal cittadino per la tutela di un interesse collettivo. Il *quavis de populo* non avrebbe agito per far valere la lesione di un proprio diritto, ma in qualità di rappresentante del popolo, svolgendo, in tal modo, un servizio per l'intera comunità dei cittadini. In particolare, per Savigny ogni cittadino avrebbe agito in veste di rappresentante della sicurezza generale. Il Mommsen, poi, avrebbe escluso qualsiasi implicazione dell'interesse privato nell'azione popolare.

La tesi procuratoria in realtà, è stata poi rivisitata dall'opera di BRUNS, SCIALOJA E FADDA, secondo i quali, nell'esercizio dell'azione popolare, si configurerebbe un interesse personale del singolo, in quanto appartenente al *populus*. Quanto meno in alcuni casi, infatti, il *quavis de populo* avrebbe agito come contitolare di un diritto - un diritto pubblico diffuso - spettante in virtù della sua appartenenza alla collettività. Per un approfondimento del tema si veda G. SANNA, *L'azione popolare come strumento di tutela dei "beni pubblici": alcune riflessioni tra "bene pubblico" ambiente nell'ordinamento giuridico italiano e res publicae nel sistema giuridico romano*, in *Dirittoestoria*, 2006, 5.

re può far valere in giudizio le azioni che «spettano» al comune e alla provincia¹³⁵.

Ciò che preme rilevare, però, è che l'istituto in esame, così delineato, mal si attaglia ad essere eretto come mezzo di tutela dei beni comuni per due sostanziali ragioni. Da un lato, il *chiunque* che agisce – in tesi - a tutela di beni comuni non sarebbe identificabile con il *chiunque* che si avvale dell'azione popolare: nel primo caso, il soggetto è portatore di un interesse proprio, non altrui, che non riesce ad assumere la consistenza utile alla sua azionabilità, rimanendo in una dimensione meramente fattuale; nel secondo caso, di contro, il soggetto agisce per tutelare un interesse altrui, non proprio. È pur vero che «l'altro» può essere un soggetto pubblico, portatore di un interesse generale istituzionalmente codificato in una norma o in una politica o in una misura¹³⁶, ma è anche vero che, ai sensi dell'art. 11 c.c., le amministrazioni sono riconosciute come persone giuridiche e godono dei diritti propri, secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico. Il soggetto che si avvale dell'azione popolare suppletiva, quindi, aziona una situazione giuridica pur sempre riferibile all'amministrazione come autonomo centro di imputazione di interessi.

Si potrebbe obiettare, in realtà, che anche nell'azione popolare – primariamente in quelle correttive - il singolo, presidiando l'interesse generale, garantisce anche un interesse proprio, seppur non qualificato e differenziato: questo, allora, avvicinerebbe l'attore popolare al soggetto portatore di un interesse comune.

Ciò che, però, risulta davvero ostativo alla generalizzazione di questo modello è il carattere soggettivo della nostra giurisdizione. L'entrata in vigore della Costituzione ha determinato il superamento delle impostazioni oggettivistiche: il processo, ordinario quanto amministrativo, serve a tutelare situazioni

135 Tra gli altri casi di azione popolare dovrebbe rientrare, ad esempio, quella prevista dall'art. 130, co. 1, lett. a e b c.p.a., in materia elettorale. A differenza della fattispecie di cui all'art. 9 T.u.e.l. – evidentemente sussumibile nella categoria delle azioni popolari suppletive – l'art. 130 c.p.a. configurerebbe un caso di azione correttiva.

136 G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 31.

giuridiche soggettive personali, non a garantire il diritto oggettivo o l'interesse generale.

Lo ha detto, d'altro canto, la Corte costituzionale, con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204¹³⁷ ed è una affermazione ricorrente, ormai, nella giurisprudenza amministrativa¹³⁸.

«Tutti possono agire per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» chiosa l'art. 24 Cost.: il diritto di azione intanto è riconosciuto come fondamentale, in quanto attinente alle «proprie» situazioni giuridiche soggettive.

L'art. 103 Cost., peraltro, riconosce la giurisdizione amministrativa «per la tutela degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche diritti soggettivi»; l'art. 113 Cost., infine, garantisce che «contro gli atti della pubblica amministrazione» sia «sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa».

Se la regola è il processo il cui scopo è la «tutela», questo non significa che non possano ricorrere eccezioni: casi in cui sia possibile adire il giudice a prescindere dall'essere portatore di una situazione giuridica soggettiva personale (c.d. legittimazione straordinaria). Spetta, tuttavia, solo alla legge individuare queste fattispecie e tipizzarle: esattamente quello che, ad oggi, accade in tema di azioni popolari.

È pur vero che l'azione popolare è stata oggetto di una rilettura in tempi più recenti: nel diritto romano, piuttosto che integrare un mero fenomeno procuratorio, avrebbe in alcuni casi avuto la funzione di tutelare l'interesse di un

137 Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *cortecostituzionale.it*, secondo cui la Costituzione «ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive».

138 Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *giustizia-amministrativa.it*, ha affermato che: «avendo riguardo alla concezione soggettiva della tutela e alla centralità processuale della situazione soggettiva rispetto all'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, sembra ormai potersi capovolgere definitivamente l'allocazione tradizionale delle due situazioni soggettive, entrambe attive, che si muovono nel processo, e ci si può forse spingere ad affermare che è l'interesse alla mera legittimità ad essere divenuto un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo».

singolo, quale membro di una collettività (c.d. diritto pubblico diffuso); avrebbe rappresentato un caso di azione a tutela di un interesse individuale ma al contempo comune, riferibile al cittadino in quanto elemento particellare una comunità¹³⁹.

Questo, tuttavia, non è elemento davvero utile a rivisitare le affermazioni precedenti: riconsiderare l'origine e la genesi dell'istituto popolare non permette all'interprete di superare le barriere che la fisionomia del nostro ordinamento frapponne al riconoscimento di una legittimazione diffusa a tutela di un interesse comune.

L'azione popolare ha, nella modernità, assunto una portata eccezionale: il legislatore riconosce a chiunque il potere d'azione, proprio perché – in assenza di una previsione espressa e stante il carattere soggettivo della giurisdizione – non ce ne sarebbero i margini.

Le leggi eccezionali, com'è noto, «non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerate»¹⁴⁰: se ne può auspicare l'introduzione esplicita da parte del legislatore ma difficilmente se ne può generalizzare la portata.

13. La conferma nel diritto penale

I diversi tentativi di estendere la legittimazione in capo al *quisque de populo*, in verità, paiono accomunati da una medesima *ratio*, identificabile con la possibilità di un intervento anticipato in chiave conservativa: l'attivazione del singolo potrebbe frenare iniziative compromissorie di certi beni, a beneficio delle generazioni presenti e future.

Si ritiene così possibile scongiurare la concretizzazione di un danno, fronteggiando preventivamente un pericolo. Il richiamo a queste nozioni per-

139 A. DI PORTO, *Res in usu pubblico e beni comuni. Il nodo della tutela*, cit., 12, riporta il pensiero di V. SCIALOJA, secondo cui: «Questo diritto è bensì pubblico, spetta all'individuo come membro del popolo: ma è tuttavia un diritto che spetta a lui, e non già al popolo come un ente diverso e totalmente distinto da lui. Se mi fosse lecito parlare figuratamente direi che si tratta non già di un diritto pubblico concentrato, ma di un diritto pubblico diffuso in tutti i membri della comunità».

140 Così l'art. 14 delle preleggi.

mette di spostare l'analisi su una differente area tematica, quella del diritto penale: un esame del titolo VI bis del libro II del codice penale, dedicato ai delitti contro l'ambiente, potrebbe condurre a compiere delle considerazioni di sistema sull'atteggiamento complessivo dell'ordinamento rispetto al tipo di garanzie apprestate per certi beni e sul ruolo delle Istituzioni rispetto al singolo.

In dettaglio, sono due le fattispecie incriminatrici da cui è possibili trarre qualche spunto: gli artt. 452 *bis* e 452 *quater* c.p.

L'art. 452 *bis* c.p., rubricato «Inquinamento ambientale», punisce chiunque «abusivamente» cagiona una «compromissione o un deterioramento significativi e misurabili»: «1) delle acque¹⁴¹ o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo; 2) di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna».

La norma definisce un'ipotesi di reato comune («chiunque»), a forma libera, produttiva di un evento dannoso («cagionato» dalla condotta del soggetto attivo): è necessario che vengano a concretizzarsi una «compromissione o un deterioramento significativi e misurabili».

Senza soffermarsi su una complessiva analisi della fattispecie, superflua ai fini del presente contributo, giova evidenziare come la protezione penale del bene ambientale passi per il danno e non per il pericolo: è omessa l'incriminazione di condotte che si limitino ad esporre ad un possibile e probabile pregiudizio. Il carattere non escludibile, ma esauribile, della risorsa ambientale avrebbe potuto portare il legislatore a sanzionare condotte che, isolatamente considerate non riescano a ledere il bene giuridico, ma assommate e ripetute siano idonee a pregiudicarlo (ad esempio, l'episodico sversamento di materiale inquinante nelle acque di un lago). Le singole aggressioni del bene, invero, si connotano, più che per una intrinseca offensività, «per quel moltiplicatore di pericolo-

141 Si è detto come proprio il tema della privatizzazione della gestione dei servizi idrici sia stato al centro del dibattito sui beni comuni.

sità che è costituito dal loro impatto sinergico, dovuto alla moltitudine, tanto seriale, quanto sincronica, delle aggressioni e degli aggressori»¹⁴².

L'adesione alla tecnica dell'incriminazione delle condotte meramente pericolose, realizzando una anticipazione della tutela, avrebbe dimostrato una diversa sensibilità dell'ordinamento rispetto al tema; ma questo non è avvenuto¹⁴³. Certo, la natura del reato – di evento dannoso – dovrebbe implicarne la compatibilità con il tentativo *ex art. 56 c.p.*; i requisiti dell'idoneità e dell'univocità, tuttavia, ne rendono comunque alquanto complessa la configurazione¹⁴⁴.

Anche l'art. 452 *quater* c.p., rubricato «Disastro ambientale», si pone nella stessa direzione: «chiunque abusivamente cagiona un disastro ambientale è punito con la reclusione da cinque a quindici anni. Costituiscono disastro ambientale alternativamente: 1) l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema; 2) l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali; 3) l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo».

La disposizione, come la precedente, incrimina la causazione di un evento dannoso: la dimensione del pericolo, di contro, entra in gioco solo ove il bene giuridico coinvolto sia l'incolumità pubblica¹⁴⁵.

142 F. GIUNTA, (*voce*) *Tutela dell'ambiente*, in *Enc. Dir.*, ann., vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, 1154.

143 La scelta di introdurre delitti a tutela dell'ambiente è frutto, peraltro, della necessità di attuare la direttiva 2008/09 che, all'art. 5, imponeva agli Stati membri di punire i reati ambientali «con sanzioni penali efficaci proporzionali dissuasive».

144 Nell'esempio fatto – il singolo sversamento di materiale inquinante – può realmente ritenersi sussistente un atto idoneo, diretto in modo non equivoco, a cagionare una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili delle acque?

145 Né può sostenersi che il bene ambiente sia garantito dall'esposizione a pericolo attraverso l'art. 452 *quinqies*, co. 2 c.p., a mente del quale: «Se dalla commissione dei fatti di cui al comma precedente deriva il pericolo di inquinamento ambientale o di disastro ambientale le pene sono ulteriormente diminuite di un terzo». La norma rinvia al primo comma, che a sua volta richiama i fatti di cui agli artt. 452 bis e 452 *quater*: si tratta di condotte che implicano la causazione dell'evento-inquinamento o dell'evento-disastro e non è chiaro come sia possibile che i medesimi fatti possano, al contempo, creare un pericolo e cioè una probabilità dei medesimi eventi.

La tutela anticipata c'è, ma riguarda la persona, non la natura: c'è una concezione personalistica dell'ambiente¹⁴⁶ che è coerente, a livello culturale e giuridico, con l'atteggiamento della giurisprudenza che legittima il singolo ad agire per la tutela del bene ambientale solo in caso di *vicinitas* e, più in generale, con la complessiva impronta personalistica della nostra Costituzione.

Come si lega questa considerazione all'apparentemente distante tema della tutela processuale dei beni comuni?

Si potrebbe sostenere che, se l'avanzamento di tutela non è in grado di realizzarsi nel settore del diritto penale, allora sia coerente ritenere che l'estensione delle garanzie non possa intervenire nemmeno nel processo amministrativo, attraverso il riconoscimento di una legittimazione generalizzata. In entrambi i casi, invero, l'intervento – alla luce della configurazione dei diversi rimedi predisposti dall'ordinamento – è subordinato alla ricorrenza di un pregiudizio concreto per la persona.

Tali considerazioni, ovviamente, non vogliono essere un invito alla staticità del sistema, un'esaltazione dello *status quo* ed un abbandono di beni dotati di rilevanza fondamentale; piuttosto, possono essere la conferma di quanto prima sostenuto, della necessità che sia il Parlamento, in nome di una rinnovata concezione della persona in chiave futura¹⁴⁷ e dell'intrinseco legame tra essa e l'entità che la circondano, a farsi portatore di rinnovate coscienze collettive¹⁴⁸.

Spetta alla legge rinsaldare la tutela, penale ed extrapenale, di certi beni.

146 Sul punto si veda F. GIUNTA, (*Voce*) *Tutela dell'ambiente*, cit., 1151, secondo cui, sul versante del bene giuridico tutelato, si scontrerebbero due opposte concezioni del rapporto tra uomo e ambiente; l'una, ecocentrica, considera l'ambiente come un bene meritevole in sé; l'altra, antropocentrica, coglie in esso uno strumento per la piena realizzazione dell'uomo. Secondo l'Autore, «il nostro assetto normativo, al pari di molti altri ordinamenti stranieri, sottende un costante bilanciamento degli interessi, incompatibile, in linea di principio, con la concezione ecocentrica. [...] In breve: altro è la necessaria tutela dell'ambiente dall'uomo, altro è la tutela dell'ambiente a prescindere dall'uomo; quest'ultima opzione, certamente legittima sul piano ideologico, sovverte la gerarchia dell'assiologia costituzionale centrata sulla preminenza dell'uomo. [...] La dialettica tra antropocentrismo ed ecocentrismo pare destinata ad attenuarsi, grazie alla mediazione di una concezione moderata del principio di precauzione, che rifugga dall'elevare a unica regola comportamentale l'astensione da ogni attività potenzialmente rischiosa per l'ambiente».

147 La nuova formulazione dell'art. 9, co. 3 Cost. grava la Repubblica del compito di tutelare «l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni».

Concludendo, ciò che si vuol sostenere è che la categoria dei beni comuni difficilmente possa trovare concretezza nel nostro ordinamento, in virtù di un mero sforzo ermeneutico. Non c'è sufficiente spazio per rompere la logica dell'appartenenza, privata o pubblica che sia. Spetta alle Istituzioni intervenire, non solo per via amministrativa ma anche per il tramite di una legislazione illuminata che, nei diversi ambiti ordinamentali, possa fungere da cerniera protettiva di beni funzionali allo sviluppo della personalità umana.

14. Alcune riflessioni conclusive

Allo stato dell'arte, parlare di beni comuni, intesi come entità intrinsecamente legate alla persona e facenti parte di un patrimonio condiviso, è alquanto complesso. Come visto, le radici tradizionali del diritto sostanziale e processuale mal si prestano alla configurazione di una tale categoria: in disparte la sua portata descrittiva e valoriale, la qualificazione di un bene come comune non sembrerebbe produrre conseguenze rilevanti sul piano giuridico.

Questo non significa che l'idea di un patrimonio comune a qualsiasi uomo in quanto persona debba essere abbandonata. Semmai, la questione andrebbe esaminata in una diversa prospettiva e adeguatamente perimetrata.

Un certo impatto, ad esempio, si potrebbe ottenere guardando alla conoscenza¹⁴⁹ come bene comune. Il ridimensionamento della logica proprietaria, invero, sarebbe consentito dal carattere non rivale del sapere, astrattamente producibile (e riproducibile) senza limiti.

Le conseguenze di una siffatta operazione, tuttavia, non si avrebbero tanto sul piano giuridico quanto su quello politico e assiologico, potendone deriva-

148 Una prospettiva oggi potenzialmente consolidata dalla riforma dell'art. 41 Cost.: il comma secondo di questa disposizione, in particolare, rimette alla «legge» il compito di determinare «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

149 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 132. L'Autore rileva che, nonostante il carattere non rivale del bene conoscenza, «anche in questa dimensione s'insinua la logica proprietaria che, producendo una scarsità «artificiale», trasforma beni comuni in merci accessibili solo attraverso le regole del mercato».

re, ad esempio, una riconsiderazione delle moderne legislazioni in materia di diritto d'autore e di proprietà industriale¹⁵⁰.

Stesso dicasi per il cibo¹⁵¹: la libertà dai bisogni essenziali (quindi, dalla fame) dovrebbe essere al centro delle politiche dei governi mondiali.

Diverso è il tema quando l'attenzione si sposta su entità materiali consumabili e deteriorabili, umane o naturali, di cui è indispensabile garantire la conservazione anche per le generazioni future.

In questi casi, l'impressione di chi scrive è che, gli sforzi per ampliare il ruolo dell'individuo, realizzati su base interpretativa, portino con sé il rischio – quantomeno sul versante processuale – di aprire a forme di tutela lasciate alla libertà (anche negativa) del singolo, il quale si ritroverebbe titolare di poteri e facoltà azionabili in base a valutazioni afferenti alla propria sfera di interessi. La tendenza verso il comune potrebbe implicare, cioè, la riaffermazione dell'individuo sulla comunità.

Rimettersi alla scelta del passante, oltre a non rappresentare garanzia di tutela, può essere anche fonte di incertezza: se l'obiettivo è quello di riaffermare l'uguaglianza sostanziale e la centralità della persona, la sensazione è che l'approccio interpretativo volto ad ampliare le maglie del processo implichi necessariamente soggettivismi capaci di creare disuguaglianze.

150 Il tema è di particolare attualità. Alla luce dell'emergenza sanitaria che ha colpito la popolazione mondiale con la diffusione del virus Sars-CoV2, infatti, si è riaperto il dibattito sul vaccino come bene comune. Nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio e alla Banca europea per gli investimenti sulla strategia dell'UE per i vaccini Covid-19 (COM/2020/245 final, 17. June 2020) si conclude in tal senso: «The Commission will implement the EU strategy for COVID-19 vaccines together with the Member States, thus increasing the likelihood that all who need vaccines will have equitable and affordable access to the supplies of these vaccines in the shortest possible time frame. To this effect, it will deploy the regulatory, financial, advisory and other tools at its disposal».

151 L'art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani riconosce ad ogni individuo il «diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari».

La soluzione più efficace, allora, rimane quella di una tutela pubblica accentrata¹⁵², assistita dal predicato della doverosità¹⁵³.

Non va dimenticato, peraltro, che è la stessa Costituzione ad identificare nell'apparato pubblico il primo presidio dei diritti fondamentali: spetta alla Repubblica garantire i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.), tutelare il paesaggio, l'ambiente e il patrimonio storico e artistico della Nazione, anche per le generazioni future (art. 9 Cost.).

Parlare di beni comuni non deve comportare una ingiustificata rinuncia alla dimensione pubblica: sottrarre alcune *res* a logiche puramente mercantili non deve necessariamente significare rimetterne la tutela all'iniziativa sparsa del singolo, quanto piuttosto affidarsi alla mano di un regolatore pubblico¹⁵⁴.

D'altro canto, l'arretramento dello Stato, registratosi in particolare in virtù dell'influenza del diritto unionale¹⁵⁵, ha riguardato il mercato e il suo funzio-

152 La logica di una tutela accentrata dei diritti fondamentali, d'altronde, non è estranea al nostro ordinamento. Ne rappresentano un esempio le conclusioni della Corte costituzionale nella sentenza del 31 maggio 2018, n. 115, in *cortecostituzionale.it*. In un ambito differente, qual è quello della verifica di compatibilità del diritto europeo con i diritti fondamentali della persona, la Corte ha affermato la maggior adeguatezza di un presidio unitario rispetto ad un controllo diffuso («L'autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona. A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto»).

153 M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 113: «Si tratta cioè di un potere dovere, nel senso che il soggetto è tenuto a esercitarla (la potestà) secondo criteri non già di «pieno», bensì di «prudente arbitrio», e nel farlo deve perseguire la finalità della cura dell'interesse altrui (nel diritto di famiglia, tipicamente, la potestà genitoriale). Come si è già accennato, anche il potere amministrativo è finalizzato al perseguimento di un fine pubblico eteroimposto dalla legge, che è diverso e distinto da quello proprio del soggetto agente. Da qui i caratteri della doverosità e della non arbitrarietà dell'esercizio del potere».

154 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 137: «Regolatori pubblici, che devono individuare quali beni possono essere accessibili attraverso gli ordinari meccanismi del mercato e quali, invece, debbano essere sottratti a questa logica». Le parole dell'Autore sono riferite alla conoscenza in rete e alla possibilità di riconoscere nel *web* uno spazio comune, scevro da logiche mercantili.

155 Il c.d. passaggio dallo *Stato interventore* allo *Stato regolatore*.

namento. Ove ci si collochi al di fuori del mercato (e salvo che si perimetri adeguatamente cosa sia il mercato), la soluzione più adeguata è quella di una amministrazione pubblica attiva ed interventrice, scevra da ogni logica individualistica e svincolata da condizioni soggettive¹⁵⁶.

156 Questa prospettiva, d'altro canto, è in nuce già presente nei trattati europei: l'art. 107, co. 4 del TFUE, infatti, ammette – in deroga al generale divieto di aiuti di Stato – quei contributi pubblici che promuovano la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune.

MANFREDI MATASSA

Dottorando di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo

manfredi.matassa@unipa.it

UNA STRATEGIA NAZIONALE A DIFESA DEL CYBERSPAZIO

A NATIONAL STRATEGY FOR THE DEFENSE OF CYBERSPACE

SINTESI

L'articolo intende proporre un'analisi circa lo stato dell'arte della sicurezza cibernetica in Italia, prestando particolare attenzione alle principali novità contenute all'interno della Strategia Nazionale di Cybersicurezza 2022-2026. Nello specifico, dopo aver offerto un inquadramento giuridico del fenomeno degli attacchi informatici, il contributo intende approfondire con una visione critica le future sfide che vedranno l'Italia e l'Europa protagoniste nella difesa del proprio "dominio cibernetico".

ABSTRACT

The article intends to propose an analysis about the state of the art of cyber security in Italy, paying particular attention to the main innovations contained in the National Cybersecurity Strategy 2022-2026. Specifically, after offering a legal framework of the concept of cyber-attack and the context that has elevated the theme of cybersecurity to an essential element for the exercise of the sovereignty of States, the contribution intends to deepen with a critical vision the future challenges that will see Italy protagonist in the defense of its cyber domain.

PAROLE CHIAVE: sicurezza cibernetica – Strategia Nazionale di Cybersicurezza – Direttiva NIS – attacchi cibernetici – organizzazione della sicurezza cibernetica

KEYWORDS: cyber-security law – Cyber-security National Strategy – NIS Directive – law of cyber-attacks – organization of cyber-security

INDICE: 1. Premessa. – 2. Inquadramento giuridico del fenomeno. – 3. La *cybersecurity* nella prospettiva europea. – 4. L'approccio italiano al tema della sicurezza cibernetica. – 5 (segue). Alcuni cenni sull'architettura nazionale di sicurezza cibernetica. – 6. La Strategia Nazionale di sicurezza cibernetica. – 7. La visione strategica dell'Italia tra realtà e mito.

1. Premessa

Internet è il più grande spazio pubblico che l'umanità abbia conosciuto, una rete senza alcun sovrano che avvolge l'intero pianeta¹. La natura libertaria, quasi anarchica, della rete ha indotto le organizzazioni di tutto il mondo a riflettere su modelli di regolazione idonei a perimetrare un territorio privo di confini. Nel 1996, in occasione del tentativo del legislatore americano di imporre una politica restrittiva in materia di controllo delle telecomunicazioni, John Perry Barlow formulò la celebre dichiarazione di indipendenza del Cyberspazio riferendosi ai Governi del mondo come «stanchi giganti di carne e di acciaio» incapaci di comprendere la portata della rivoluzione in corso². A quel tempo il CERN aveva annunciato da appena cinque anni la nascita del *world wide web*³, la rete internet connetteva tuttalpiù dieci milioni di computer e il termine “Cyberspazio” si riferiva esclusivamente ad un universo alternativo teorizzato in un romanzo fantascientifico⁴. In tale contesto, internet era ancora immaginato come uno spazio virtuale lontano dai problemi geopolitici ed economici del mondo reale e non assoggettabile al controllo di alcun governo⁵.

1 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012, 358.

2 J. P. BARLOW, *A declaration of independence of Cyberspace*, 1996, reperibile su <https://www.eff.org/it/cyberspace-independence>.

3 W3C, *A little history of World Wide Web (from 1945 to 1995)*, 2000, reperibile su <https://www.w3.org/history.html>.

4 Il termine “*cyberspace*” venne coniato nel 1982 da William Gibson per fare riferimento a un luogo immaginario di allucinazioni tecnologiche contrapposto a uno spazio reale ormai al collasso. Sebbene la prima comparsa di questo termine sia da attribuire al racconto “la notte che bruciamo Chrome” (W. GIBSON, *Burning Chrome*, *Omni*, vol. 46, 1982, 72 ss.), il termine ha trovato un diffuso utilizzo a seguito della pubblicazione del successivo e più fortunato romanzo “*Neuromante*” (ID., *Neuromancer*, New York, 1984, 62).

5 Sull'evoluzione del rapporto tra “cyber e sovranità” si rimanda a K.E. EICHENSEHR *et. al.*, *The cyber-law of nations*, in *Georgetown Law Journal*, 2, 2015, 317 ss. Tale contributo, dopo aver fornito una sommaria descrizione del concetto di cyberspazio, individua tre precise fasi che hanno segnato nel corso del tempo il rapporto tra sovranità e cyberspazio. In una prima fase, agli albori della nascita di internet, la sovranità del dominio cibernetico si riteneva attribuita agli stessi utenti della rete sulla falsariga dei principi espressi nella citata Dichiarazione di indipendenza del Cyberspazio (*Cyber as Sovereign*). La seconda fase di questo rapporto è caratterizzata dallo sviluppo del concetto di “*Internet as a Place*”, volto a negare quell'assunto secondo cui la rete fosse un “luogo” separato rispetto al resto del mondo, e la conseguente soggezione di quest'ultima alla sovranità dei singoli Stati in cui opera (*Sovereignty over Cyber*). La terza e più moderna elaborazione attribuisce inquadra la sovranità della rete come un problema su scala glo-

Nessuno allora avrebbe immaginato che, da lì a qualche anno, sarebbe stata invece l'inarrestabile espansione del Cyberspazio ad invadere quasi ogni aspetto della vita reale⁶.

Oggi l'impegno sul fronte della sicurezza cibernetica deve considerarsi un prerequisito essenziale per garantire la solidità della struttura economica e sociale di uno Stato. La storia recente ha dimostrato come un'organizzazione ostile, che sia un insieme di privati o un altro Stato, possa ricorrere a *cyber-attacks* non solo per sospendere l'erogazione di servizi pubblici essenziali di un intero Paese o comprometterne le infrastrutture di difesa, ma anche per interferire nella formazione dei processi decisionali indispensabili per la vita di una qualsiasi democrazia. A quanto detto occorre aggiungere che l'ingresso dell'Internet of Things (IoT)⁷ nella nostra vita quotidiana ha portato con sé indiscutibili vantaggi, ma ha anche coinvolto il cittadino nel «mondo delle tecnologie ad alto rischio»⁸ in modo spesso inconsapevole.

Nel corso dell'ultimo ventennio l'argomento della sicurezza informatica è stato oggetto di numerosi studi che hanno coinvolto trasversalmente quasi ogni ambito del sapere, ma solo in anni recenti è emerso il ruolo di grande rile-

bale da affrontare attraverso i tradizionali strumenti di diritto e politica internazionale (*Global Cyber Governance*). Per un ulteriore approfondimento sul tema si vedano, tra gli altri, J. GOLDSMITH, *The internet and the abiding significance of territorial sovereignty*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2, 1998, 475 ss. e J. GOLDSMITH, T. WU, *Who controls the internet? Illusion of a borderless world*, Oxford, 2006.

6 Per una riflessione circa l'impossibilità di distinguere nella società moderna il mondo online da quello offline, o meglio circa la necessità di continuare a imporre una simile distinzione, si rimanda all'eccellente contributo di L. FLORIDI (A cura di), *The onlife manifesto: being human in a hyperconnected era*, Springer, 2009, 1-17.

7 Il concetto di "Internet of Things" (IoT) è stato impiegato per la prima volta nel 1999 dall'ingegnere inglese Kevin Ashton per descrivere un sistema in cui gli oggetti del mondo fisico potessero essere connessi all'internet attraverso dei sensori (V. SINGHANIA, *The Internet of Things: an overview understanding the issues and challenges of a more connected world*, in *Internet Society*, 2015, 7). Gli esempi applicativi di IoT ad oggi sono innumerevoli: basti pensare alle automobili, alle abitazioni dotate di impianti domotici o anche alle *smart cities* (secondo le stime dell'Unione Europea entro il 2024 saranno circa 22,3 miliardi i dispositivi in tutto il mondo connessi all'IoT). Per un maggiore approfondimento sull'argomento si veda H. WEBER, E. STUDER, *Cybersecurity and the Internet of Things: Legal Aspect*, in *Computer Law & Security Review*, 36, 2016, 726 ss.; A. RAYES, S. SALAM, *Internet of Things: from Hype to Reality*, Springer, 2019, 2 ss.

8 Si fa riferimento al concetto di «world of high-risk technologies» elaborato da C. PERROW, *Normal accidents: living with high-risk technologies*, Princeton University Press, 1984, 3.

vo attribuito alla scienza dell'amministrazione per il raggiungimento degli obiettivi prefissati in materia di cybersicurezza. Come si avrà infatti modo di approfondire nei successivi paragrafi, l'esigenza di protezione verso le sempre più crescenti minacce cibernetiche ha condotto l'Unione Europea e i singoli Stati membri a dotarsi di strutture organizzative con caratteristiche inedite, dando così vita ad un'architettura di notevole complessità e in costante mutamento. Con particolare riferimento al contesto italiano, pur riscontrando una tardiva presa di consapevolezza circa l'importanza del tema rispetto ad altri Stati europei, va riscontrato come le nostre istituzioni abbiano elaborato un modello virtuoso (e con alcuni profili di originalità) da ultimo valorizzato dalla pubblicazione della strategia nazionale di cybersicurezza 2022-2026.

Prima di procedere con l'analisi degli argomenti fin qui richiamati, con particolare riferimento al contenuto della Strategia Nazionale (oggetto di interesse principale di questo contributo), si ritiene opportuno fornire un inquadramento giuridico dei concetti preliminari in materia di *cybersecurity* più rilevanti. Del resto, cercare di comprendere un ambiente virtuale attraverso le sole categorie conosciute nel mondo reale sarebbe un compito sicuramente arduo (se non impossibile).

2. Inquadramento giuridico del fenomeno

Nell'aprile del 2007 il governo estone decise spostare una statua simbolo dell'era sovietica dalla piazza centrale di Tallin in un luogo meno rappresentativo della città, scatenando violenti scontri tra la popolazione russofona e le autorità. La risposta a questi eventi segnò uno spartiacque nella storia recente: un gruppo riconducibile alla Russia avviò un *DdoS attack*⁹ dalla durata ventidue

9 Per *Distributed Denial of Service attack* (DdoS) si fa riferimento a un attacco distribuito capace di generare una quantità abbastanza grande di traffico di dati verso un determinato server fino al punto di rallentarne il funzionamento o impedirgli di accettare nuove connessioni. Si tratta di un bombardamento informatico di grande intensità, capace di sospendere il funzionamento di un determinato server per tutta la durata dell'attacco. Rimandando lo studio dell'incidenza degli attacchi *ransomware* nel settore pubblico a contributi più approfonditi (L. T. CONNOLLY, D. S. WALL, *The rise of crypto-ransomware in a changing cybercrime landscape: taxonomizing countermeasures*,

giorni che rese impossibile l'erogazione di alcuni servizi pubblici e commerciali essenziali per la vita del paese, fino a deteriorare (e in alcuni casi a distruggere) i server bersagliati.

Pochi anni più tardi, nel gennaio del 2010 il programma nucleare iraniano subì un brusco rallentamento a causa dell'improvviso guasto di parte della strumentazione utilizzata per l'arricchimento di uranio nella principale centrale del Paese. I sistemi di difesa informatici di allora non rilevarono alcuna anomalia e, certe che lo sviluppo di sistemi digitali offline costituisse un valido strumento di difesa, le autorità iraniane non ritennero che l'incidente fosse stato conseguenza delle ingerenze di un soggetto esterno. La causa del malfunzionamento venne scoperta soltanto nei mesi successivi: un malware capace di auto-propagarsi (*worm*) dal peso di soli 500 kilobyte, possibilmente introdotto attraverso l'inserimento di una semplice chiavetta USB, che richiese circa 10.000 giorni di lavoro per la sua creazione. Un progetto troppo grande da realizzare per chiunque non fosse uno Stato-nazione.

Con il passare del tempo divennero sempre più frequenti attacchi informatici non più legati a singoli obiettivi militari o strategici, ma elaborati con l'intento di creare danni economici e reputazionali agli Stati attraverso attacchi diffusi e ad ampio spettro. Si pensi, ad esempio, al *malware* noto come *Wanna Cry* che nel 2017 riuscì a infettare in poco tempo più di 200.000 computer in almeno 74 nazioni cifrando le informazioni contenute nei dispositivi attaccati o, ancora, a *Petya* che negli stessi anni riuscì a infliggere danni a imprese europee e statunitensi per una stima di circa dieci miliardi di dollari.

Le implicazioni di questi eventi non furono immediatamente chiare. Se in un primo momento alcuni autorevoli studiosi ricalcarono con fermezza l'idea

in *Computer & Security*, 87, 2019), in questa sede preme in ogni caso sottolineare come tale tipologia di attacco si sia dimostrata particolarmente efficace contro le pubbliche amministrazioni. La natura spesso riservata dei dati posseduti da quest'ultime permette infatti di portare a termine attacchi ransomware "a doppia estorsione" con cui, oltre alla somma richiesta per la decifrazione delle informazioni presenti nel dispositivo colpito, l'attaccante richiede un riscatto aggiuntivo minacciando di rendere pubblici i dati ottenuti.

secondo cui la minaccia cibernetica non potesse essere valutata alla stregua di una minaccia militare in senso stretto¹⁰, gli avvenimenti che si verificarono negli anni successivi smentirono quest'idea dimostrando come il cyberspazio fosse ormai asceso alla «quinta dimensione della conflittualità»¹¹. Si accede così ad un momento storico in cui la sicurezza interna, il benessere economico e la vita democratica di uno Stato iniziano a dipendere dalla stabilità e la sicurezza del *cyberspazio*¹². In tale contesto, prima di soffermarsi sull'importante ruolo affidato alla scienza dell'amministrazione nel contrasto alle minacce cibernetiche, si ritiene opportuno mettere a fuoco il concetto di “attacco cibernetico” e le diverse implicazioni che ne scaturiscono sul piano giuridico.

In letteratura si sono registrati diversi tentativi volti ad elaborare una definizione di “attacco informatico” abbastanza flessibile da adeguarsi alla continua evoluzione di tale fenomeno. Rinviano la ricognizione delle varie definizioni proposte a studi più approfonditi¹³, in questa sede ci si può limitare a far luce sull'importante distinzione tra attacchi informatici (*cyber-attacks*), guerra cibernetica (*cyber-warfare*) e crimini informatici (*cyber-crimes*). Sul punto va anzitutto chiarito che la ricostruzione maggiormente condivisa inquadra il rapporto tra attacchi informatici e guerra cibernetica in una relazione da genere a specie: entrambi questi fenomeni condividono le medesime due finalità (distruggere o disturbare le operazioni di un network e finalità politiche o di sicurezza nazionale), ma la *cyber-warfare* si contraddistingue per un ulteriore elemento: il verificarsi di effetti equivalenti a quelli causati da un attacco tradizionale. Il crimine informatico, invece, può ritenersi un fenomeno distinto rispetto ai precedenti, in quanto per essere considerato come tale richiede il coinvolgimento dal lato attivo di attori non statali e la commissione di una condotta tassativamente pre-

10 T. RID, *Cyber war will not take place*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

11 La questione è stata di recente trattata da L. MARTINO, *La quinta dimensione della conflittualità. L'ascesa del cyberspazio e i suoi effetti sulla politica internazionale*, in *Politica & Società*, 1, 2018, 61-76;

12 L. DENARDIS, *The internet in everything: freedom and security in a world with no off switch*, Yale University Press, 2020, 97.

13 O.A. HATHAWAY *et. al.*, *The Law of Cyber-Attack*, in *California Law Review*, 4, 2012, 822-832.

vista dalla legge penale attraverso un sistema informatico¹⁴. Seguendo tale ricostruzione un crimine informatico può essere considerato un cyberattacco soltanto nel caso in cui integri in via mediata o indiretta i presupposti di “scopo” che contraddistinguono tale categoria, mentre appare dubbia la possibile coincidenza con il fenomeno della guerra cibernetica (sarebbe in questo caso più corretto parlare di cyberterrorismo visto il coinvolgimento di attori non statali).

In tale contesto, se i concetti di crimine informatico e guerra cibernetica trovano il loro paradigma giuridico di riferimento rispettivamente nel diritto penale e nel diritto internazionale dei conflitti armati, l'attività di prevenzione e risposta ai cyberattacchi può ormai ritenersi una vera e propria funzione pubblica autonoma e dai caratteri assolutamente inediti. Non solo, nell'ultimo quinquennio il legislatore ha implementato strutture già esistenti dotandole di mezzi quanto più possibili idonei a fronteggiare le nuove sfide, ma – anche in funzione degli obblighi assunti a livello comunitario – ha istituito diverse strutture *ad hoc* (tra cui una nuova agenzia nazionale). Questo percorso ha in poco tempo permesso la costruzione di una complessa architettura che, oltre ad affidare ad operatori privati e cittadini un ruolo determinante nella realizzazione degli obiettivi prefissati, si caratterizza per lo stretto collegamento funzionale con l'infrastruttura comune di difesa disegnata dall'Unione Europea.

3. La disciplina dell'Unione Europea

In premessa, va sottolineato come l'Unione Europea non sia stata tra le prime istituzioni ad acquisire una piena consapevolezza circa la necessità di adottare in tempi rapidi dei modelli regolatori capaci di affrontare al meglio le future sfide di sicurezza cibernetica. Tuttavia, sebbene in netto ritardo rispetto ad altri *competitors* internazionali come gli Stati Uniti¹⁵, negli ultimi anni l'UE è

14 Per un più chiara comprensione sul rapport tra questi tre concetti si rinvia alla rappresentazione grafica suggerita da Y. Li, Q. LUI, *A comprehensive review study of cyber-attacks and cyber security; Emerging trends and recent developments*, in *Energy Reports*, 7, 2021, 833.

15 Gli Stati Uniti hanno inserito la *cybersecurity* tra le priorità del governo federale già nel 1997 (sul punto si rinvia a D.E. BAMBAUER, *Conundrum*, in *Minnesota Law Review*, 2011, 585-591), di-

riuscita a creare un sistema di sicurezza cibernetica all'avanguardia attraverso diversi interventi ben calibrati. A sostegno di quanto detto è possibile segnalare che, tra i primi venti Paesi inseriti nella più recente classifica del *Global Cybersecurity Index* (GCI), ben undici Stati sono membri dell'UE.

Il processo che ha portato alla creazione dell'attuale architettura di difesa europea è stato però tutt'altro che lineare. Prima ancora di progettare le misure necessarie per fronteggiare il sempre più preoccupante fenomeno degli attacchi informatici, il legislatore europeo è stato chiamato a perimetrare il concetto di “*cybersecurity*” in modo da far fronte alle diverse esigenze (e soprattutto le risorse disponibili) degli Stati membri. Non essendo certamente questa la sede per avventurarsi nella impervia strada della ricerca della più appropriata definizione di *cybersecurity*¹⁶, bisogna in ogni caso rappresentare come ancora oggi questo concetto risulti declinato in maniera diversa non solo a seconda dell'area di regolazione interessata, ma anche sulla base dei diversi obiettivi perseguiti dagli Stati membri. Per meglio comprendere la questione basta evidenziare come nelle strategie dei diversi paesi UE si riscontri ad oggi la coesistenza di almeno diciotto definizioni diverse di “*cybersecurity*”¹⁷.

Nel contesto fin qui delineato, le apparentemente irrisolvibili difficoltà sul piano terminologico non hanno potuto che riversarsi nell'ambito regolatorio: l'architettura europea di cybersicurezza per lungo tempo non è stata altro

mostrando una chiara consapevolezza dell'importanza che avrebbe assunto il tema nel determinare i futuri equilibri tra Stati. A testimonianza della complessità della materia trattata può evidenziarsi come, sebbene gli Stati Uniti figurino nel più recente GCI come il paese più virtuoso in materia di sicurezza cibernetica con un punteggio di 100/100, in letteratura non manca chi descrive l'infrastruttura di difesa informatica americana «a mess if not an outright disaster» (D.E. BAMBAUER, *Cybersecurity for Idiots*, in *Minnesota Law Review*, 1, 2021, 172).

16 Sul punto si rimanda all'approfondimento offerto da D. CRAIGEN *et. al.*, *Defining Cybersecurity*, in *Technology innovation management review*, 4, 2014, 13-21, il quale dopo aver analizzato le principali definizioni proposte in letteratura ha elaborato la seguente definizione: «*Cybersecurity is the organization and collection of resources, processes, and structures used to protect cyberspace and cyberspace-enabled systems from occurrences that misalign de jure from de facto property rights*».

17 Per un approfondimento circa le diverse definizioni contenute nelle diverse strategie nazionali si rimanda a G.G. FUSTER, L. JASMONTAITE, *Cybersecurity Regulation in the European Union: The Digital, the Critical and Fundamental Rights*, in *The international library of ethics, law and technology*, 21, 2020, 105-106.

che la somma dei diversi interventi settoriali, spesso eterogenei, dando così vita a un quadro giuridico fortemente frammentato. Ne risulta ancora oggi un sistema oltremodo complesso, che per un efficace funzionamento richiede un'implementazione tanto su un piano orizzontale (ogni settore oggetto di regolazione deve combinarsi con gli altri), quanto su quello verticale (in funzione dell'indispensabile ruolo affidato agli Stati membri per il funzionamento dell'architettura)¹⁸.

Il primo intervento europeo in materia coincide con la pubblicazione della Strategia dell'Unione europea per la cybersicurezza del 2013¹⁹ con cui sono state delineate tre aree iniziali di intervento: a) miglioramento dei sistemi di sicurezza dei sistemi ICT utilizzati dagli erogatori di servizi essenziali e infrastrutture strategiche; b) miglioramento dei sistemi sicurezza delle comunicazioni, con particolare riferimento alla privacy e alla protezione dei dati personale; c) lotta al cybercrimine. L'intento perseguito dalla prima strategia «di fare dell'ambiente online dell'Unione l'ambiente in linea più sicuro al mondo» dimostra grande ambizione e sfida apertamente, forse in modo troppo ottimista, quell'assunto secondo cui nel *cyberspazio* non possa esistere un ambiente sicuro al 100%.

Ciò nondimeno, la sempre più crescente evoluzione della capacità offensiva dei mezzi di attacco informatico mostrò ben presto i limiti della strategia di difesa europea. Gli ingenti danni causati dagli attacchi *ransomware* noti come *WannaCry* e *Petya* del 2017²⁰ hanno permesso l'avvio di un processo di profondo ripensamento delle politiche in materia di *cybersecurity* volto a riconoscere un sempre più crescente legame tra la sicurezza cibernetica e benessere di cittadini

18 Sul tema si rinvia a R. A. WESSEL, *Towards EU cybersecurity law: regulating a new policy field*, In *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, 2015, 405.

19 Commissione Europea, *Strategia dell'Unione Europea per la cybersicurezza: un ciber spazio aperto e sicuro*, 7 febbraio 2013, reperibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013JC0001&from=en>.

20 Per un maggiore approfondimento sul tema e per un'analisi di respiro più ampio sull'evoluzione degli attacchi ransomware si rimanda a R. RICHARDSON, M. N. NORTH, *Ransomware: evolution, mitigation and prevention*, in *International Management Review*, 1, 13, 2017.

e imprese operanti nel territorio dell'Unione. Una delle iniziative più virtuose che ha portato all'avvio di tale percorso di rafforzamento va ricondotta alla pubblicazione della seconda strategia europea per la cibersicurezza del 13 settembre 2017²¹, con cui si è disegnato un modello comunitario incentrato sul tre concetti chiave: resilienza, deterrenza e difesa. Tra le principali novità, all'interno della menzionata strategia viene manifestato l'intento di riformare l'Agenzia dell'Unione europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione (ENISA) istituita nel 2004²² in modo da creare un centro di coordinamento di *cybersicurezza* europeo con importante ruolo consultivo nell'elaborazione e nell'attuazione delle politiche europee. Tale obiettivo, di centrale importanza per il raggiungimento del necessario grado di resilienza agli attacchi informatici, è stato realizzato con il successivo regolamento UE del 2019 noto come *Cybersecurity Act*²³, il quale ha attribuito all'Agenzia un mandato permanente volto a offrire un supporto alla gestione operativa degli incidenti informatici da parte degli Stati membri. La strategia per la *Cybersicurezza* dell'UE è stata da ultimo aggiornata nel 2020²⁴ sulla base dei nove principi affermati nella *Paris call for trust and security in Cyberspace* del 2018, un'iniziativa che ha coinvolti 81 Paesi (tra cui tutti gli Stati europei e gli Stati Uniti) unitamente alle principali società e organizza-

21 Commissione Europea, *Resilienza deterrenza e difesa: verso una cibersicurezza forte per l'UE*, 13 settembre 2013 reperibile su <https://eur-lex.europa.eu>. Sul punto si veda anche la Raccomandazione (UE) 2017/1584 della Commissione del 13 settembre 2017 relativa alla risposta coordinata agli incidenti e alle crisi di cibersicurezza su vasta scala, reperibile su <https://eur-lex.europa.eu>.

22 Regolamento (UE) n. 460/2004 del 10 marzo 2004. Sul ruolo svolto dall'ENISA nella strategia di difesa europea fino al successivo intervento del 2019 si veda G. CHRISTOU, *Cybersecurity in the European Union: Resilience and Adaptability in Governance Policy*, Palgrave Macmillan, 2016; A. BARRINHA, H. CARRAPICO, *The EU as a Coherent (Cyber) Security Actor?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2017, 2-6.

23 Il Regolamento (UE) 2019/881 del 17 aprile 2019 (noto come *Cybersecurity Act*) ha inteso rafforzare il sistema europeo di difesa agendo su due versanti. Da un lato, come già ricordato, ha rafforzato i poteri istituzionali dell'Agenzia europea per la *cybersicurezza*; dall'altro ha permesso l'istituzione di un sistema europeo di certificazione della *cybersicurezza* attraverso l'individuazione di parametri minimi di sicurezza informatica per prodotti, servizi e processi ICT (favorendo anche l'acquisto e lo scambio di dispositivi e sistemi tecnologici in Europa).

24 Commissione Europea, *Strategia dell'UE in materia di cibersicurezza per il decennio digitale*, 16 dicembre 2020, reperibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020JC0018&from=IT>.

zioni internazionali operanti nel settore tecnologico e della sicurezza informatica²⁵. La principale novità introdotta dalla più recente strategia riguarda l'istituzione di un'unità congiunta per il ciberspazio (nota come *Joint Cyber Unit* o *JCU*) come piattaforma virtuale e fisica per la cooperazione tra le varie comunità di cibersicurezza all'interno dell'UE, ciò «con particolare attenzione al coordinamento tecnico e operativo volto a contrastare gravi minacce e incidenti informatici di natura transfrontaliera».

I menzionati documenti strategici si dimostrano di notevole importanza per il funzionamento operativo del sistema di difesa comune, ma il cuore pulsante del quadro normativo europeo in materia di sicurezza cibernetica va ricercato – oltre che nel già menzionato *Cybersecurity Act* – all'interno della Direttiva 2016/1158²⁶ (nota come “Direttiva NIS”) nonché nella recentissima Direttiva NIS II che ha da poco superato il vaglio delle istituzioni europee.

La Direttiva NIS rappresenta la prima disciplina UE introdotta con l'intento di innalzare la protezione della rete e dei sistemi informativi degli Stati membri dell'Unione attraverso un approccio orizzontale²⁷.

Il principale merito della richiamata direttiva è stato quello di elaborare dei criteri di identificazione comuni degli operatori di servizi essenziali europeo, affidando agli Stati membri l'onere di trasmettere e aggiornare con cadenza biennale l'elenco dei soggetti pubblici e privati ricavato sulla base dei parametri indicati dall'art. 5 della Direttiva²⁸ e dei settori indicati dall'Allegato II²⁹.

25 Per un approfondimento sui principi posti alla base della *Paris Call* dell'11 dicembre 2018 si rimanda a <https://pariscall.international/en/principles>.

26 Direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo e del Consiglio recante misure per un livello comune di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione.

27 Un adeguato approfondimento sul contenuto della Direttiva NIS è offerto da D. MARKOPOULOU *et al.*, *The new EU cybersecurity framework: the NIS Directive, ENISA's role and the General Data Protection Regulation*, in *Computer Law and Security Review*, vol. 35, 2019, 1-11.

28 Ai sensi dell'art. 5, par. 2, della Direttiva NIS gli stati membri possono identificare gli operatori essenziali sulla base dei seguenti parametri: «a) un soggetto fornisce un servizio che è essenziale per il mantenimento di attività sociale e/o economiche fondamentali; b) la fornitura di tale servizio dipende dalla rete e dai sistemi informativi; b) un incidente avrebbe effetti negativi rilevanti sulla fornitura di tale servizio».

29 L'Allegato II della Direttiva NIS ha individuato sette macrosettori in cui raggruppare gli operatori di servizi essenziali, più precisamente: energia, trasporti, servizi bancari, servizi finan-

Pertanto, ai fini della NIS non sono ricompresi tutti gli operatori di servizi essenziali intesi in senso ampio, ma soltanto quelli considerati come tali dagli Paesi membri all'esito del procedimento di categorizzazione fissato a monte dal legislatore euro-unionale (prevenendo in ogni caso la possibilità per gli Stati di includere nei settori oggetto di tutela anche soggetti non contemplati dai parametri europei).

Pur dovendo riconoscere alla Direttiva NIS il merito di aver introdotto un nucleo minimo e indispensabile di tutela volto a garantire la continuità dei servizi essenziali a livello europeo, non può ignorarsi come la sempre più crescente evoluzione delle minacce cibernetiche abbia dimostrato alcuni limiti strutturali della disciplina europea. Osservando i parametri per l'individuazione dei soggetti che il legislatore comunitario ha inteso tutelare non può infatti ignorarsi l'assenza di alcuni settori di importanza vitale per la vita e la sicurezza dei cittadini europei: basti pensare che operatori pubblici e privati operanti nel settore della Pubblica Amministrazione, dell'ambiente, del settore alimentare, chimico e nucleare non sono presenti tra i settori indicati nell'Allegato II alla Direttiva. Se è vero che alcuni Stati virtuosi (tra cui come vedremo figura anche l'Italia) hanno provveduto in fase di attuazione della NIS ad ampliare il novero dei soggetti coinvolti, il sistema introdotto nel 2016 non sembra in grado di raggiungere gli obiettivi di armonizzazione prefissati per la costruzione di una "fortezza cibernetica europea".

Il legislatore europeo si è dimostrato consapevole dei limiti fin qui descritti e durante la fase di attuazione della NIS ha lavorato sull'elaborazione di un'ulteriore direttiva (nota come Direttiva NIS II) per colmare le precedenti lacune. Il nuovo testo, approvato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio lo scorso novembre ed entrato in vigore il 17 gennaio 2023³⁰, mantiene intatto lo

ziari e di mercato, sanità, catena di produzione e di distribuzione dell'acqua e infrastrutture digitali.

³⁰ Il testo è reperibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020PC0823>.

stesso spirito della precedente direttiva ma innalza significativamente il livello di sicurezza delle reti europee partendo proprio dall'assegnazione di nuovi criteri di individuazione dei soggetti da tutelare. La direttiva NIS II ha inteso affrontare le criticità descritte muovendosi in una duplice direzione: da un lato ha esteso gli obblighi di sicurezza a una ricca platea di operatori di servizi essenziali pubblici e privati dapprima non ricompresi nel perimetro applicativo della NIS (*ex multis*, i soggetti pubblici e privati operanti nei settori della produzione di dispositivi medici, dell'ingegneria aerospaziale della gestione dei rifiuti, della produzione e distribuzione di alimenti, dei servizi postali, ma anche tutta la Pubblica Amministrazione); dall'altro ha sottratto ai singoli Stati il compito di identificare gli operatori di servizi essenziali soggetti alla Direttiva attraverso la formulazione di criteri auto-applicativi maggiormente precisi e uniformi.

In conclusione, la direttiva NIS II sembra destinata a cambiare in modo profondo la realtà europea, ma – come già accennato – l'Italia potrà procedere con l'attuazione della nuova Direttiva consapevole di aver già costruito un'infrastruttura di sicurezza cibernetica già in larga parte conforme agli *standard* di tutela richiesti dal legislatore comunitario.

4. L'approccio italiano al tema della sicurezza cibernetica

Nel quadriennio 2018/2021 sono stati registrati a livello mondiale 7144 attacchi informatici, di cui circa 900 hanno colpito l'Europa e ben 185 hanno avuto come target Pubbliche Amministrazioni e società italiane. I dati del rapporto Clusit 2021 fotografano come in Italia il tema della *cybersecurity* sia una minaccia reale e in continua crescita: nel solo 2021 l'Italia ha intercettato 36 milioni di *malware*, circa tre volte in più rispetto all'anno precedente, divenendo così il primo paese in Europa più colpito. A partire dal primo semestre 2022 si è alzato ulteriormente il livello di allerta delle istituzioni italiane a seguito dei numerosi *DdoS Attacks* portati a termine da gruppi organizzati verso numerosi obiettivi – Senato, Ministero della Difesa, Istituto Superiore della Sanità e Poli-

zia di Stato – che hanno determinato un aumento del 350% degli attacchi subiti rispetto all'anno precedente. Oltre a crescere in quantità, ed è questo il dato che desta maggiori preoccupazioni, negli ultimi anni si è peraltro registrato un significativo aumento della capacità degli attaccanti di causare danni significativi al bersaglio (*severity*)³¹.

La circostanza per cui le organizzazioni italiane risultino in media maggiormente colpite da attacchi cibernetici rispetto ad altre non può tuttavia ritenersi riconducibile all'inerzia delle istituzioni rispetto a un tema così sensibile. Sebbene in netto ritardo rispetto ad alcuni partner europei³², negli ultimi anni l'Italia ha elaborato un valido sistema di difesa contro le minacce cibernetiche frutto di scelte politico-legislative sicuramente felici. Comprendendo le implicazioni della velocità e della vastità del cambiamento tecnologico, a partire dal 2013 (DPCM 23 gennaio 2013) le istituzioni italiane hanno adottato una serie di provvedimenti diretti ad acquisire, sviluppare e rafforzare le necessarie capacità per far fronte alle sfide *cyber* del nuovo millennio. Tra questi è possibile ricordare senza alcuna pretesa di esaustività: il d. lgs. 18 maggio 2018, n. 65 (decreto NIS) con cui sono stati introdotti degli obblighi di notifica degli incidenti aventi un impatto rilevante sull'erogazione dei servizi ai cittadini; il d.l. 21 set-

31 Nell'ambito della sicurezza informatica per *severity* si fa riferimento alla valutazione della gravità degli impatti generati dagli attacchi secondo una scala progressiva: bassa, media, alta o critica. Nel 2021 gli attacchi a infrastrutture italiane considerate di livello critico equivalgono il 32% del totale, mentre quelli di livello alto si sono verificati nel 47% dei casi. La percentuale complessiva degli attacchi considerati ad elevato impatto è stata dunque vicina all'80% (a fronte del 56% dell'anno precedente).

32 Ad esempio, Francia e Germania hanno elaborato già da diversi anni delle strutture consolidate di difesa dalle minacce cibernetiche che hanno costituito un esempio per gli altri paesi dell'Eurozona: la Francia ha creato un'agenzia destinata alla sicurezza cibernetica (*Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information* - ANSSI) già nel 2008, con la presentazione del Libro Bianco sulla difesa e la sicurezza nazionale durante la presidenza di Nicolas Sarkozy; la Germania, invece, ha fondato nel 1991 – ancor prima della stessa diffusione commerciale di internet – il *Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik* come autorità dedicata all'ufficio federale della sicurezza informatica. Tra gli Stati europei più virtuosi in materia di *cybersecurity* è necessario inoltre citare Estonia e Lituania che, come già accennato, hanno da tempo costruito un sistema di protezione delle infrastrutture critiche (CIP) di eccellenza in risposta ai gravi e numerosi attacchi subiti nell'ultimo ventennio. Per uno studio dell'architettura di difesa cibernetica francese e tedesca si vedano P. BAUMARD, *Cybersecurity in France*, Springer, 2017 e M. SCHALLBRUCH, I. SKIERKA, *Cybersecurity in Germany*, Springer, 2018.

tembre 2019, n. 105 (decreto Perimetro) istituivo dell'ormai noto perimetro di sicurezza nazionale cibernetica³³; la strategia Cloud Italia contenuta nel Piano triennale per l'informatica con cui si è incentivata la diffusione di soluzioni basate sul *cloud computing*³⁴ nel circuito delle Pubbliche Amministrazioni e il recente d.l. 14 giugno 2021, n. 82 istitutivo dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN).

L'efficacia dell'attuale infrastruttura nazionale di *cybersicurezza* è stata di recente messa al vaglio dal *Global Cybersecurity Index*, uno degli strumenti più affidabili per valutare la sicurezza informatica degli Stati. Se da un lato l'ultima rilevazione del 2020³⁵ ha riconosciuto all'Italia il merito di aver elaborato in breve tempo un sistema di difesa dotato di diversi punti di forza, tra cui l'elevata

33 Attraverso l'istituzione del perimetro nazionale di sicurezza la l. 105/2019 ha inteso assicurare un livello elevato di sicurezza delle reti, dei sistemi e dei servizi informatici utilizzati da quei soggetti, pubblici e privati, che esercitano una «funzione essenziale dello Stato» o che prestano «un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato» anche se al di fuori dall'ambito applicativo delineato dalla Direttiva NIS. La legge 105/2019 ha demandato l'individuazione dei soggetti inclusi e la concreta attuazione del perimetro a successivi decreti del Presidente del Consiglio dei ministri: il DPCM 30 luglio 2020, n. 131 ha definito i criteri di individuazione dei soggetti pubblici e privati nonché le modalità per la predisposizione e l'aggiornamento delle reti, dei sistemi e dei servizi ICT; il DPCM 14 aprile 2021, n. 81 ha definito le procedure e le modalità per la notifica degli incidenti aventi impatto su reti, sistemi e servizi ICT al CSIRT Italia, classificando in categorie – dal meno grave al più grave – gli incidenti aventi impatto sui servizi ICT; il DPCM 15 giugno 2021 ha individuato le categorie di beni, sistemi e servizi ICT che sono tenuti per la cui fornitura è necessario seguire la procedura di valutazione spettante al CVCN; infine, il DPCM 18 maggio 2022, n. 92 ha istituito un sistema di accreditamento e di raccordo degli istituendi laboratori accreditati di prova (LAP). Tra i principali contributi volti ad analizzare il funzionamento del perimetro di nazionale cibernetica si rimanda a B. CAROTTI, *Sicurezza cibernetica e Stato Nazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2020, 629 ss; S. MIELE, *Il perimetro di sicurezza nazionale cibernetica e il nuovo "golden power"*, in G. CASSANO, S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 2020, 186 ss.

34 Per *cloud computing* si intende il paradigma di utilizzo e gestione di risorse computazionali e di servizi informatici erogati su richiesta che possono essere di tre differenti tipologie: servizi sistemistici infrastrutturali (c.d. *Infrastructure-as-a-Service* o *IaaS*); servizi di piattaforme computazionali per l'erogazione di ambienti di ambienti pre-configurati e amministrati per lo sviluppo di specifiche applicazioni (c.d. *Platform-as-a-Service* o *PaaS*) o servizi applicativi per l'erogazione di un'applicazione agli utenti finali (c.d. *Software-as-a-Service* o *SaaS*). La necessità di archiviare i dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni in *data center* affidabili e con elevati standard di sicurezza è stata da ultimo sottolineata dal PNNR (principio del "*cloud first*"), il quale ha previsto nell'investimento 1.2 un miliardo di euro per il supporto alla migrazione dei dati delle amministrazioni in servizi qualificati. Per un panorama generale sul tema si segnala C. MILLARD, *Cloud computing law*, Oxford, OUP Oxford, 2017; G. NOTO LA DIEGA, *Il cloud computing. Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Europa dir. priv.*, 2, 2014, 577-658.

qualità degli interventi normativi e delle misure organizzative, dall'altro ha messo in luce la carenza di adeguati mezzi tecnici per affrontare le minacce cibernetiche. In particolare, le principali criticità riscontrate nell'infrastruttura di difesa cibernetica italiana non sembrano discendere esclusivamente dall'arretratezza di investimenti complessivi nel settore³⁵, ma possono essere ricondotte alla frammentazione e al divario di mezzi e risorse che connota il tessuto produttivo italiano. Se è infatti vero che negli ultimi anni le grandi imprese e le amministrazioni centrali hanno acquisito una sempre maggiore consapevolezza circa l'importanza di dotarsi di adeguati strumenti di tutela avverso le minacce cibernetiche, le piccole e medie imprese appaiono ancora decisamente lontane dal conseguire traguardi significativi a causa dell'indisponibilità dei mezzi finanziari e tecnici necessari per rispondere in modo immediato alle esigenze in materia di *cybersecurity*³⁷. Ciò non si limita a creare un problema significativo in termini di sicurezza delle piccole realtà che costituiscono ancora una parte consistente del tessuto produttivo nazionale³⁸, ma si ripercuote direttamente nelle

35 Il più recente report del 2020 ha assegnato all'Italia un punteggio di 96.13/100, collocandola al ventesimo posto globale e ottavo europeo, individuando come punto di forza dell'architettura nazionale l'indice relativo alle misure organizzative (20/20) e come punto di maggiore debolezza quello relativo alla predisposizione di misure tecniche di difesa (17.56/20). Per un maggiore approfondimento sui dati citati e per un confronto con gli altri paesi si rimanda al contenuto del *Global Cybersecurity Index 2020* dell'ITU reperibile su https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/str/D-STR-GCI.01-2021-PDF-E.pdf

36 Sebbene il mercato della *cybersecurity* in Italia ammonti a circa 1,55 miliardi di euro, il rapporto tra spesa in sicurezza e Pil è stato limitato (0,08%). Non solo l'Italia figura infatti ad oggi all'ultimo posto tra i paesi del G7 per investimenti in materia di prevenzione contro le minacce cibernetiche, ma – considerato che la percentuale in paesi con Pil più elevato rispetto al nostro (Francia, Germania e UK) è da due a tre volte più elevata – in valore assoluto la spesa in *cybersecurity* dei paesi del G7 è molto più alta della nostra.

37 Come evidenziato da R. BRIGHI, P.G. CHIARA, *La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell'Unione Europea*, cit., 30, le imprese non coinvolte nel perimetro nazionale di sicurezza cibernetica sono in genere reticenti a segnalare le vulnerabilità informatiche o gli attacchi subiti per evitare ricadute in termini reputazionali o di co-responsabilità all'evento.

38 La questione è stata approfondita in un report dell'Osservatorio Attacchi Digitali in Italia (OAD), il quale – utilizzando i dati forniti dall'ISTAT – ha evidenziato come il 79% delle imprese italiane siano senza (64,03%) o con solo un dipendente (14,97%).

supply chain provocando dei danni particolarmente ingenti anche alle grandi imprese italiane ed europee³⁹.

In tale contesto, la recente Strategia Nazionale per la Cybersicurezza⁴⁰ ha previsto 82 misure da realizzare entro il 2026 con l'obiettivo di instaurare una maggiore collaborazione pubblico-privati secondo un approccio «whole of society». Ciò nondimeno, prima di analizzare i diversi obiettivi individuati dalla strategia e le risorse individuate per far fronte a tale ambiziosa sfida, ragioni di completezza della trattazione suggeriscono di soffermarsi sui diversi attori coinvolti nell'architettura nazionale disegnata dalla strategia italiana di *cybersicurezza*.

5. (segue): Alcuni cenni sull'architettura nazionale di cybersicurezza

Le novità introdotte attraverso il d.l. 14 giugno 2021, n. 82 hanno permesso un profondo ripensamento dell'assetto istituzionale degli attori coinvolti nella materia della *cybersicurezza*⁴¹. Prima di questo intervento l'ecosistema di difesa cibernetica era articolato sulla base di un'infrastruttura su tre livelli⁴² so-

39 Un recente studio condotto nel Regno Unito da Webroot ha messo in evidenza che il 70% degli attacchi informatici a piccole e medie imprese è stato effettuato avendo come obiettivo imprese di grandi dimensioni di cui fossero fornitori. Poiché la realtà italiana non appare dissimile a quella del Regno Unito, se non per il fatto che le dimensioni delle PMI sono ulteriormente ridotte, in assenza di precisi studi in ambito nazionale non sarebbe comunque illogico ritenere che le risorse dedicate siano in Italia ancora inferiori rispetto a quelle in UK.

40 L'art. 2, lett. b), d.l. 14 giugno 2021, n. 82 ha affidato al Presidente del Consiglio dei ministri in via esclusiva il compito di adottare «la strategia Nazionale per la Cybersicurezza sentito il Comitato interministeriale per la cybersicurezza». Attraverso la pubblicazione della strategia nel maggio del 2022 è stata così data concreta attuazione all'obbligo di adozione di una strategia nazionale in materia di sicurezza della rete e dei sistemi informativi imposto dall'art. 7 della Direttiva 2016/1148 (Direttiva NIS). Tra i principali punti individuati dal legislatore europeo come contenuto necessario di tali documenti è possibile ricordare: a) l'individuazione degli obiettivi e le priorità della strategia nazionale in materia di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi; b) la costruzione di un quadro di governance; c) l'individuazione delle forme di collaborazione tra settore pubblico e settore privato; d) l'indicazione di piani di ricerca e sviluppo; e) un elenco dei vari attori coinvolti in materia di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi.

41 Per una trattazione più approfondita sull'infrastruttura nazionale di cybersicurezza disegnata dal d.l. 82/2021 si rimanda all'attenta analisi di F. SERINI, *La nuova architettura di cybersicurezza nazionale: note a prima lettura del decreto-legge n. 82 del 2021*, in *Federalismi.it*, 12, 2022, 244 ss.

42 Sulla base della costruzione del DPCM n. 66 del 19 marzo 2013 (decreto Monti) e la successiva implementazione introdotta con DPCM n. 85 del 17 febbraio 2017 (decreto Gentiloni).

vrapponibile a quella prevista dal «sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica»⁴³: il primo livello intervento vedeva come protagonista il Presidente del Consiglio dei ministri, al quale era stato assegnato il compito di emanare atti di indirizzo e di predisporre il quadro strategico nazionale e il piano nazionale per la protezione cibernetica e la sicurezza informatica⁴⁴; il secondo livello era stato attribuito a una pluralità di soggetti chiamati ad attuare le direttive politiche, tra questi è stato attribuito un ruolo di maggiore rilievo al Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (CISR)⁴⁵ e al Nucleo per la sicurezza cibernetica (NSC)⁴⁶ istituiti presso la Presidenza del Consiglio e al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza della Repubblica (DIS); mentre il terzo ed ultimo era formato dagli organismi di informazione per la sicurezza, chiamati a condurre attività di ricerca, analisi, valutazione e previsione sulle minacce informatiche⁴⁷.

L'assetto fin qui descritto con il trascorrere nel tempo ha dimostrato alcuni evidenti limiti, su tutti il suo difficile adeguamento rispetto alla rapida evoluzione delle strategie di attacco e il mancato coordinamento tra i diversi attori coinvolti nell'architettura multilivello nella gestione delle situazioni di crisi. Così, anche in considerazione dell'esponenziale aumento di attacchi informatici

43 Si fa riferimento al sistema di difesa delineato dalla l. 3 agosto 2007, n. 124, il quale all'art. 1, lett. a), ha attribuito in via esclusiva al Presidente del Consiglio dei ministri «l'alta direzione e la responsabilità generale della politica dell'informazione per la sicurezza, nell'interesse e per la difesa della repubblica e delle istituzioni democratiche posta dalla Costituzione a suo fondamento». Sull'argomento di veda M. FRANCHINI, *Il sistema nazionale delle informazioni per la sicurezza e l'autorità delegata*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2010, 431 ss., mentre per un approfondimento sul ruolo del Presidente del consiglio nell'architettura nazionale si rimanda B. CAROTTI, *Sicurezza cibernetica e Stato Nazione*, cit., 629 ss.

44 Art. 3, lett. a) e b), del già citato DPCM n. 66 del 19 marzo 2013.

45 Si tratta di un comitato presieduto dal Presidente del Consiglio e composto dall'Autorità delegata, dal ministro degli affari esteri, dal Ministro dell'interno, dal Ministro della difesa, dal Ministro dell'economia e delle finanze e dal Ministro dello sviluppo economico regolato dall'art. 5, comma 3, l. n. 124/127 e dall'art. 4, comma 1, DPCM n. 66/2013.

46 IL NSC è un x interno istituito presso l'Ufficio del Consigliere Militare presso la Presidenza del Consiglio dei ministri a cui gli artt. 8 e 9 del DPCM n. 66/2013 hanno affidato la funzione di supporto al Presidente in materia di sicurezza del "cyberspazio" per gli aspetti relativi alla prevenzione e preparazione ad eventuali situazioni di crisi e per l'attivazione delle procedure di allertamento.

47 Sul punto cfr. art. 7, D.P.C.M. n. 77/2014.

verso il nostro paese, le esigenze di riforma del sistema di difesa nazionale sono divenute nel corso degli anni sempre più pressanti.

In tale contesto, i più recenti interventi hanno portato all'introduzione di nuovi attori pubblici specializzati in materia di cybersicurezza con l'intento di costruire un modello organizzativo autonomo e (parzialmente) distaccato dal sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica⁴⁸. Ad eccezione del ruolo assegnato dal d.l. 82/2021 al Presidente del Consiglio dei ministri (il quale mantiene in soluzione di continuità «l'alta direzione e la responsabilità generale delle politiche di cybersicurezza»⁴⁹) il sistema nazionale di sicurezza cibernetica è stato profondamente mutato in conseguenza dell'istituzione di una speciale agenzia incaricata alla «tutela degli interessi nazionali nel campo della cybersicurezza»⁵⁰.

Tale intervento si è reso provvidenziale per semplificare un sistema di competenze a livello nazionale attraverso la costruzione di un unico centro di coordinamento di un'area di intervento trasversale e coinvolgente diversi portatori di interessi. Si è così messo a sistema il sistema organizzativo già esistente attraverso l'introduzione di un importante ruolo di coordinamento che non coinvolge esclusivamente il piano interno, ma anche quello europeo dal mo-

48 Oltre alla già citata Agenzia per la Cybersicurezza nazionale istituita con d.l. 82/2021 – che sarà oggetto di un'autonoma analisi – va anche evidenziato il ruolo attribuito al Comitato interministeriale per la Cybersicurezza (CIC), il quale si sostituisce al CISR nelle funzioni attribuite dal d. lgs. 18 maggio 2018, n. 65 fatta eccezione per le condizioni di «rischio grave e imminente per la sicurezza nazionale connesso alla vulnerabilità di reti, sistemi e servizi» (art. 5, d.l. 21 settembre 2019, n. 105). Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 4, comma 2, d.l. 105/2019: «a) propone al Presidente del Consiglio dei ministri gli indirizzi generali da perseguire nel quadro delle politiche di cybersicurezza nazionale; b) esercita l'alta sorveglianza sull'attuazione della strategia nazionale di cybersicurezza; c) promuove l'adozione delle iniziative necessarie per favorire l'efficace collaborazione, a livello nazionale e internazionale, tra i soggetti istituzionali e gli operatori privati interessati alla cybersicurezza, nonché per la condivisione delle informazioni e per l'adozione di migliori pratiche e di misure rivolte all'obiettivo della cybersicurezza e allo sviluppo industriale, tecnologico e scientifico in materia di cybersicurezza; d) esprime il parere sul bilancio preventivo e sul bilancio consuntivo dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale».

49 Art. 2, comma 1, lett. a), d.l. 14 giugno 2021, n. 82, convertito con modificazioni dalla l. 4 agosto 2021, n. 109.

50 Per una più attenta disamina sulla struttura, sulle funzioni e sull'autonomia dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale si rimanda a F. SERINI, *La nuova architettura di cybersicurezza nazionale: note a prima lettura del decreto-legge n. 82 del 2021*, cit., 248 ss.

mento che l'Agenzia per la cybersicurezza figura quale autorità nazionale competente NIS e “punto di contatto unico” transfrontaliero (PoC NIS)⁵¹.

Presso l'Agenzia sono state inoltre costituite in via permanente diverse strutture costituite da esperti in materie specialistiche. Tra queste occorre ricordare il *Computer security incident response team* (CSIRT Italia), istituito in sede di recepimento della direttiva NIS per garantire la prevenzione, il monitoraggio, l'analisi e la risposta ad incidenti cibernetici e successivamente incardinato presso l'Agenzia⁵²; il Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale (CVCN) che si occuperà di verificare la sicurezza e l'assenza di vulnerabilità in sistemi ICT in uso nelle infrastrutture da cui dipendono le funzioni e i servizi essenziali del Paese⁵³ e il riformato Nucleo per la Sicurezza Cibernetica (NSC), adesso incluso all'interno dell'Agenzia ma rimasto a supporto del Presidente del Consiglio dei ministri «per gli aspetti relativi alla prevenzione e preparazione ad eventuali situazioni di crisi e per l'attivazione di procedure di allertamento»⁵⁴.

Il disegno complessivo della nuova architettura vede operare le strutture specialistiche richiamate in sinergia con altre amministrazioni tradizionali a cui sono assegnate prerogative esclusive riconnesse al loro mandato istituzionale. In tale contesto, il comparto intelligence (e in particolare il DIS) è chiamato a fornire all'ACN un quadro informativo utile a orientare progressivamente il

51 Ai sensi dell'art. 7, comma 4, del d. lgs. 18 maggio 2018, n. 65 «il punto di contatto unico svolge una funzione di collegamento per garantire la cooperazione transfrontaliera dell'autorità nazionale competente NIS con le autorità competenti degli altri Stati membri, nonché con il gruppo di cooperazione di cui all'articolo 10 e la rete di CSIRT [...]»

52 Il CSIRT Italia è un'unità organizzativa deputata a coordinare la risposta a incidenti informatici, a mitigarne gli effetti e a prevenire il verificarsi di ulteriori eventi ricompresa nel CSIRT network, ossia una struttura di gestione reattiva e proattiva degli incidenti di sicurezza istituita dalla Direttiva NIS (art. 12) con l'obiettivo di promuovere un modello cooperativo tra gli Stati membri dell'UE sotto il coordinamento dell'ENISA. Sulle funzioni del CSIRT Italia, oltre al già citato art. 4, DPCM 8 agosto 2019, si rimanda all'art. 7, comma 3, d.l. n. 82/2021.

53 Il Centro di Valutazione e Certificazione Nazionale (CVCN) è stato originariamente istituito presso il Ministro dello sviluppo economico dall'art. 1, comma 6, del d.l. 21 settembre 2019, n. 105 con l'intento di valutare la sicurezza di bene, sistemi e servizi ICT destinati a essere impiegati nel contesto del Perimetro secondo le categorie previste dal già citato DPCM 15 giugno 2021.

54 Cfr. art. 8, d.l. 14 giugno 2021, n. 82.

potenziamento delle misure volte a garantire la corretta implementazione del piano; il Ministero dell'interno svolge l'attività di prevenzione e contrasto ai crimini informatici in qualità di autorità nazionale di pubblica sicurezza e, infine, il Ministero della difesa svolge funzioni di coordinamento della politica militare, *governance* e capacità militari nell'ambiente cibernetico. A completare il quadro istituzionale fin qui delineato va ricordato il non secondario ruolo affidato alle autorità di settore NIS, ossia quei soggetti pubblici chiamati a individuare nel proprio settore di competenza gli operatori di servizi essenziali da ricomprendere nel perimetro di protezione tracciato dall'Unione⁵⁵.

6. (segue): La strategia nazionale di Cybersicurezza

L'adozione della strategia nazionale di cybersicurezza 2022-2026 ha rappresentato uno dei passaggi fondamentali necessari per lo sviluppo coerente e sinergico dell'Agenzia e degli altri attori chiamati ad affrontare le sempre più complesse sfide imposte dalla Cybersicurezza. Nel perseguire tale scopo, il documento programmatico ha affrontato alcune questioni preliminari di centrale importanza in materia di sicurezza cibernetica, partendo dall'individuazione dei rischi e la conseguente definizione delle sfide che il comparto della cybersicurezza sarà chiamato ad affrontare nel prossimo quinquennio.

Con riferimento al primo profilo, la strategia ha individuato tre principali rischi sistemici da scongiurare per la riuscita del sistema di difesa nazionale in materia di cybersicurezza: 1) attacchi cyber volti a sottrarre dati o arrecare danni all'erogazione di servizi del Paese, al suo PIL e alla sua reputazione; 2) utilizzo di riserve e tecnologie sviluppate e prodotti da realtà influenzate (se non controllate) da Governi esteri che potrebbero danneggiare l'infrastruttura di difesa sia in termini di scarsa reperibilità, sia in termini di affidabilità; 3) diffusio-

⁵⁵ Ai sensi dell'art. 15, comma 1, lett. g), d.l. 82/2021 sono considerate autorità settoriali NIS: il Ministero dello sviluppo economico, il Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibile, il Ministero dell'economia delle finanze, il Ministero della salute, il Ministero della transizione ecologica per il settore energia e il Ministero della Transizione Ecologica.

ne nello spazio cibernetico di *fake news*, *deep fake* e campagne di disinformazione volte a polarizzare le opinioni dei cittadini attraverso spazi informativi influenzate da Governi esteri. Con riferimento al secondo profilo, la strategia individua le cinque sfide ritenute fondamentali del prossimo quinquennio: 1) una transizione digitale cyber resiliente della pubblica amministrazione e delle imprese; 2) un'autonomia strategica nazionale ed europea nel settore digitale; 3) la costruzione di un sistema capace di anticipare l'evoluzione della minaccia cyber; 4) il miglioramento della gestione delle crisi cibernetiche; 5) il contrasto la disinformazione.

Su tali premesse, ed è senz'altro questo il punto di maggiore interesse contenuto nel documento, la Strategia nazionale ha previsto tre obiettivi (protezione, risposta e sviluppo) accompagnati da un Piano di Implementazione composto di 82 misure specifiche contenenti indicazioni puntuali circa il ruolo degli attori responsabili e gli altri soggetti interessati. Ragioni di completezza della trattazione suggeriscono dunque di soffermarsi brevemente sul contenuto di ogni singolo obiettivo, in modo da poter successivamente fornire un'analisi complessiva delle diverse misure contenute nel Piano di Implementazione della strategia.

Il primo obiettivo (dedicato alla "protezione") è riferito all'esigenza di tutelare gli asset strategici nazionali attraverso un approccio sistemico orientato alla gestione e mitigazione del rischio di incidenti cibernetici. Tra i diversi interventi suggeriti per il perseguimento di tale obiettivo, tra cui figura il potenziamento delle capacità del CVCN e dei Centri di Valutazione istituiti presso il Ministero dell'interno e della difesa, meritano una particolare considerazione alcune questioni. Con riferimento al tema del mantenimento di un quadro giuridico nazionale aggiornato e coerente in materia di cybersicurezza, si è messo in chiaro come il solo costante aggiornamento della disciplina contenuta in fonte primaria sia oggi una condizione necessaria ma non sufficiente per la protezione degli asset strategici del paese. Infatti, oltre alla meticolosa costruzione di

un'efficiente intelaiatura normativa, risulta indispensabile la diffusione di linee guida basate su un approccio “*zero trust*” nonché lo sviluppo policy settoriali rivolte ai soggetti pubblici e privati coinvolti nell'ecosistema nazionale di cybersicurezza. Tra gli altri interventi richiesti dall'obiettivo “protezione” assume rilievo il potenziamento del livello di maturità delle capacità cyber della Pubblica Amministrazione attraverso la transizione sia verso il Cloud della Pubblica Amministrazione, sia verso tecnologie di Public Cloud. In tale contesto assume un rilievo centrale la creazione del Polo Strategico Nazionale (PSN) condotta dal Dipartimento per la trasformazione digitale con l'obiettivo di portare il 75% delle amministrazioni italiane ad utilizzare servizi *in cloud* entro il 2026.

Il secondo obiettivo (dedicato alla “risposta”) ha inteso potenziare le capacità nazionali e transnazionali di monitoraggio, rilevamento, analisi e risposta di tutti gli attori coinvolti nell'ecosistema. Oltre a suggerire l'integrazione dei servizi cyber nazionali in alcuni ambiti specifici, tale sezione del documento ha permesso di fare chiarezza sulla distribuzione di competenze in materia di gestione degli incidenti e delle crisi di cybersicurezza ideato sulla base della piattaforma elaborata dalla Raccomandazione UE 2017/1584 (c.d. Blueprint). La strategia ha così ricostruito i diversi livelli dell'architettura di gestione degli incidenti informatici (politico, operativo e tecnico), in cui il vertice è affidato al Presidente del Consiglio dei ministri, dall'autorità delegata per la sicurezza della Repubblica e al CISR e i due successivi livelli sono affidati rispettivamente al NCS e al CSIRT Italia. Sul versante transnazionale, invece, l'assetto disegnato si completa con il ruolo di collegamento che quest'ultima assicura con l'Unione Europea in caso di crisi o incidenti cyber transfrontalieri su larga scala in qualità di componente della rete CyCLONE⁵⁶ e della rete europea degli CSIRT.

56 La CyCLONE (Cyber Crisis Liaison Organization Network) è una rete lanciata in occasione della Blue OLEx, un'esercitazione europea di cybersecurity a livello operativo promossa dall'ENISA e dalla Commissione Europea nel 2020, con l'intento di rispondere in maniera tempestiva ed efficace ad ogni tipologia di attacco informatico su larga scala.

Nel terzo e ultimo obiettivo (dedicato allo “sviluppo”) viene sottolineata l'esigenza di implementare il settore della tecnologia digitale mediante un'azione congiunta volta a includere i centri di eccellenza, le imprese più virtuose e l'accademia, facendo così emergere l'approccio «whole of society» perseguito dalla strategia. L'attore protagonista di per la realizzazione di tale obiettivo è nuovamente l'ACN, la quale rappresenta il Centro Nazionale di Coordinamento (NCC) chiamato a supportare, in stretto raccordo con il Centro europeo di competenza per la cybersicurezza nell'ambito industriale, tecnologico e della ricerca (ECCC), lo sviluppo dell'autonomia tecnologica e digitale italiana ed europea. Tra le iniziative più virtuose inserite in tale obiettivo va evidenziata la proposta di realizzare un “parco nazionale della cybersicurezza” destinato a ridurre la dipendenza del nostro paese da tecnologie *extra*-UE, ossia una struttura provvista di tutte le dotazioni tecnologiche necessarie per inglobare le numerose competenze e risorse provenienti dalla Pubblica Amministrazione, dal tessuto produttivo e dal mondo dell'accademia.

Come già anticipato, ciascuno degli obiettivi fin qui descritti è stato sviluppato nel Piano di Implementazione allegato alla strategia nazionale di cybersicurezza, il quale ha indicato in modo puntuale le organizzazioni responsabili e gli altri soggetti interessati per ognuna delle 82 misure contenute. La pubblicazione della strategia ha così permesso di introdurre una vera e propria distribuzione di competenze sul piano strategico, tecnico ed operativo tra tutti i soggetti coinvolti nell'ecosistema di sicurezza cibernetica. Osservando tale distribuzione da un punto di vista meramente quantitativo emerge come l'introduzione dell'Agenzia Nazionale abbia radicalmente trasformato la precedente architettura nazionale di cybersicurezza: solo quest'ultima risulta infatti direttamente responsabile della realizzazione di 66 misure (e figura quale soggetto interessato rispetto ad altre 11) mentre il Presidente del Consiglio dei ministri risulta responsabile solo in relazione a due misure (e neppure in via esclusiva). Sulla stessa linea, risulta meritevole di attenzione la posizione affidata dal Piano

di Implementazione agli operatori privati: questi ultimi risultano coinvolti nella realizzazione di ben 27 misure divenendo così il primo soggetto per quantità di ruoli attribuiti quale “interessato”.⁵⁷

L'analisi del contenuto della strategia non potrebbe dirsi conclusa in assenza di un riferimento al programma di investimenti necessario per la realizzazione degli ambiziosi obiettivi prefissati. Occorre infatti sottolineare che il primo punto della strategia nazionale ha destinato una quota percentuale dell'1,2% degli investimenti nazionali lordi su base annuale a specifiche progettualità volte a conseguire una piena autonomia tecnologica in ambito digitale e un ulteriore innalzamento dei livelli di cyber-sicurezza dei sistemi informativi nazionali⁵⁸. A tali investimenti, al di là degli strumenti finanziari ordinari già assegnati alle Amministrazioni con competenza in materia *cyber*, occorre aggiungere i finanziamenti previsti dal PNNR nel settore relativo alla Digitalizzazione, Innovazione, Competitività, Cultura e Turismo. In tale ambito, lo specifico investimento 1.5 “Cybersecurity” ha stanziato ben 623 milioni di euro per la realizzazione di specifiche progettualità per la creazione e lo sviluppo di servizi all'avanguardia per la gestione del rischio cyber secondo una precisa tripartizione⁵⁹. L'utilizzo di queste risorse è risulta tuttavia subordinato al rispetto di una serie di scadenze concordate con l'UE distribuite tra la fine del 2022 e la fine

57 Per un approfondimento volto a evidenziare l'importanza del ruolo degli operatori privati nell'attuale infrastruttura italiana di cybersicurezza si rimanda all'attenta analisi di L. PREVITI, *Pubblici poteri e cybersicurezza: il lungo cammino verso un approccio collaborativo alla gestione del rischio informatico*, in *Federalismi.it*, 25, 2022, 65 ss.

58 Inoltre, essendo l'Agenzia designata quale Centro Nazionale di Coordinamento ex art. 6 del regolamento 2021/887 UE, l'Italia beneficerà di ulteriori finanziamenti provenienti dai programmi Orizzonte Europa ed Europa Digitale.

59 La prima area di intervento (174 milioni di euro) ha ad oggetto il raggiungimento della piena operatività dell'agenzia e la realizzazione di reti e servizi volti a potenziare le capacità nazionali di prevenzione, monitoraggio e risposta di minacce cibernetiche. La seconda area di intervento (301,7 milioni di euro) è stata dedicata interamente al potenziamento della resilienza cyber della Pubblica Amministrazione, ritenendo quest'ultima la chiave per una sicura transizione digitale del paese. La terza e ultima area (147,3 milioni di euro) guarda invece più da vicino il mondo privato dell'industria e dell'accademia, ponendo come obiettivo il raggiungimento di un'autonomia tecnologica nazionale che passa necessariamente dalle capacità nazionali di scrutinio e certificazione tecnologica.

del 2024⁶⁰, così gli ambiziosi obiettivi individuati dalla strategia non possono che segnare il punto di inizio di un percorso tortuoso che vedrà impegnata l'Italia, con a fianco l'Unione, nelle sfide del nuovo millennio.

7. La visione strategica dell'Italia tra realtà e mito

La vastità di temi e obiettivi presi in considerazione dalla Strategia Nazionale di Cybersicurezza 2022-2026 rende estremamente difficile formulare un giudizio complessivo circa suo contenuto.

Con riferimento ai numerosi obiettivi prefissati, il documento sembra aver offerto un importante contributo, proponendo numerose misure idonee a garantire un'accelerazione verso una transizione digitale cyber-resiliente della Pubblica Amministrazione e un modello di gestione di crisi cibernetiche multi-livello di maggiore efficienza. Tra le misure più virtuose merita una particolare menzione la scelta di introdurre all'interno della strategia una specifica indicazione dedicata alla promozione cultura della sicurezza cibernetica volta ad accrescere la consapevolezza dei cittadini – con particolare riferimento ad alcune categorie di dipendenti pubblici, quali i magistrati – sui rischi derivanti dall'uso delle tecnologie informatiche. Infatti, la realizzazione di un'architettura istituzionale di difesa provvista di adeguati mezzi e competenze per fronteggiare le sempre più crescenti minacce cibernetiche non potrà dirsi di per sé idonea al raggiungimento degli obiettivi prefissati in assenza di un'adeguata valorizzazione del capitale umano.

60 Più in particolare, tra le scadenze europee fissate al 2022 figura il dispiego iniziale dei servizi nazionali di cybersecurity (in corso), l'avvio della rete dei laboratori di *screening* e certificazione della cybersecurity (in corso) e l'attivazione di un'unità centrale di audit per le misure di sicurezza PSNC e NIS (in corso); mentre tra le scadenze fissate per il 2024 figura il dispiego integrale dei servizi nazionali di cybersecurity (da avviare), il completamento della rete dei laboratori e dei centri di valutazione per la valutazione e certificazione della cybersecurity (da avviare) e la piena operatività dell'unità di audit per le misure di sicurezza PSNC e NIS con il completamento di almeno 30 ispezioni (da avviare). Per un approfondimento circa il contenuto dei singoli interventi si rimanda alla specifica sezione "cybersecurity" tra le misure monitorate su www.openpnrr.it.

Osservando i dati riportati dal più recente *Digital Economy and Society Index*⁶¹ emerge come, tra l'87% dei cittadini europei attivi su internet, solo il 54% sia in possesso delle *digital skills* necessarie per poter navigare con sicurezza in rete. Il dato più preoccupante non è tanto relativo alla media europea, già di per sé indicativa dell'importanza della questione trattata, ma – per quel che riguarda la posizione strategica del nostro paese – al fatto che l'Italia si trovi tra gli ultimi posti di tale ingloriosa classifica seguita da Polonia, Bulgaria e Romania. Su tali premesse, essendo ormai noto che una parte significativa degli incidenti informatici avvenuti in Italia sia riconducibile più a disattenzioni umane che ad attacchi ben calibrati, la strategia ha sottolineato la necessità di un consistente investimento volto a offrire una soluzione su questo fronte (o almeno dei progressi significativi)⁶². Del resto, come evidenziato dalla dottrina più avveduta, soltanto il raggiungimento di una “immunità di gregge” basata sulla conoscenza dei sistemi può condurre il rischio *cyber* al di sotto di livelli accettabili⁶³.

Il raggiungimento nel medio termine di altri importanti obiettivi prefissati dalla Strategia appare tuttavia di difficile realizzazione, su tutti il conseguimento di una piena autonomia strategica ed europea nel settore tecnologico. Se è infatti vero che è possibile ridurre in modo significativo le forniture digitali di altri Stati *extra* UE attraverso lo sviluppo di tecnologie *disruptive* di matrice esclusivamente europea⁶⁴, il raggiungimento di una effettiva “sovranità digitale”

61 *Digital Economy and Society Index Report 2022*, reperibile su <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-human-capital>.

62 La questione è stata affrontata negli stessi termini da R. BRIGHI, P.G. CHIARA, *La cybersecurity come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi nel diritto dell'Unione Europea*, in *Federalismi.it*, 21, 2021, 18-42;

63 Il concetto è espresso e meglio approfondito e P. L. MONTESSORO, *Cybersecurity: conoscenza e consapevolezza come prerequisiti per l'amministrazione digitale*, in *IdF*, 3, 2019, 783-800.

64 Il termine *disruptive technologies* è stato coniato nel 1995 da Clayton Christensen per fare riferimento a quell'insieme di nuove tecnologie che, in ragione della loro componente innovativa, sono capaci di modificare completamente la logica fino a quel momento presente nel mercato (J. L. BOWER, C. M. CHRISTENSEN, *Disruptive technologies: catching the wave*, in *Harvard Business Review*, January-February, 1995, 43-53). Senza alcuna pretesa di esaustività, tra le principali tecnologie ad oggi considerate *disruptive* possono ricordarsi quelle relative a: big data, intelligenza artificiale, blockchain, tecnologie dell'Internet of Things (IoT) e 5G e al *quantum computing*.

europea – e men che meno italiana – rimane ancora ad oggi un vero e proprio mito a causa della scarsa reperibilità di materie e della irrinunciabile dipendenza da Paesi che si trovano in contesti geopolitici imprevedibili e complessi (basti pensare che il 98% dei materiali semiconduttori utilizzati in Europa deriva da Taiwan).

Ciò non vuol dire che le istituzioni dell'Unione non stiano provando, seppure con un ritardo ventennale⁶⁵, a ridurre il rapporto di dipendenza di approvvigionamento di materie prime critiche da partner non affidabili. La recente carenza di semiconduttori a livello mondiale (c.d. *chip crunch*)⁶⁶ ha infatti condotto la Commissione a disegnare una strategia per raddoppiare la produzione di chip “made in UE” entro il 2030 attraverso investimenti pubblici e privati per circa 43 miliardi di euro⁶⁷. Sarebbe tuttavia illusivo ritenere (l'auspicato) raggiungimento di questi obiettivi sufficiente per garantire all'UE una futura posizione di *leadership* nel settore, dal momento che neppure gli Stati che negli ultimi decenni hanno più investito su questo fronte (Cina e USA) hanno ad oggi il controllo completo della filiera di ricerca e produzione dei semiconduttori.

65 Secondo i dati del recente report offerto da Kearney (*Europe's urgent need to invest in a leading-edge semiconductor ecosystem*, 2022) l'Unione Europea nel 2000 produceva circa il 25% dei semiconduttori a livello globale, mentre oggi la quota è vicina al 9%. Il dato più preoccupante va tuttavia riferito alla produzione di semiconduttori all'avanguardia, in cui nello stesso intervallo di tempo la produzione è passata dal 19% a una percentuale vicina allo 0. Secondo il report citato, la causa principale di tale parabola discendente è riconducibile alla mancata adozione di adeguate misure comunitarie dirette ad agevolare la competizione tra le principali aziende europee di allora (Siemens, Ericsson e Nokia) e i *players* americani e asiatici.

66 L'attuale crisi che ha colpito il mercato di chips e semiconduttori può ritenersi causa del combinarsi di numerosi fattori eterogenei: l'iniziale impennata della domanda causata dagli isolamenti imposti in tutto il mondo per il contenimento del COVID-19, la chiusura di alcuni stabilimenti e la riduzione della capacità di estrazione di materie prime di Taiwan, le tensioni commerciali tra USA e Cina e, da ultimo, l'avvio della guerra tra Ucraina (principale esportatore del gas neon utilizzato per l'incisione dei chip) e Russia (detentore di circa un terzo del palladio disponibile sul mercato).

67 Si fa riferimento al “*Chips Act*”, ossia il pacchetto legislativo europeo sui semiconduttori contenente una comunicazione, una proposta di regolamento e una raccomandazione approvata l'8 febbraio 2022 dalla Commissione europea e attualmente al vaglio del Parlamento.

Oltre agli interrogativi fin qui sollevati in relazione alla “sovranità digitale” italiana ed europea, sorgono alcuni dubbi anche in relazione all’approccio utilizzato dalla strategia in materia di contrasto a campagne mirate di disinformazione online *state sponsored* (rientrando nel più ampio tema della c.d. *information warfare*)⁶⁸. In un primo momento il documento ha infatti inserito tra le sue principali sfide quella di individuare meccanismi di difesa idonei a prevenire interferenze di altri al libero svolgimento di processi politici interni tramite meccanismi di disinformazione, ma non può dirsi che la stessa attenzione sull’argomento sia poi stata mantenuta nell’elaborazione di soluzioni efficaci per affrontare un tema di così ampia portata. In particolare, il tema del contrasto alla disinformazione online è racchiuso in un’unica e generica misura del Piano di Implementazione della Strategia con cui si è suggerita una non meglio specificata azione di coordinamento nazionale ed europeo “anche attraverso campagne informative” rivolte ai cittadini. Iniziativa, quest’ultima, che non può di certo ritenersi sufficiente per affrontare la complessità e la vastità del fenomeno descritto.

Le critiche fin qui espresse circa alcuni profili della strategia vanno tuttavia tenute in considerazione con le dovute cautele e non possono in ogni caso mettere in ombra il contributo offerto da tale documento in termini di sviluppo dell’ecosistema di cybersicurezza. La Strategia Nazionale è pur sempre un atto programmatico che dovrà essere tradotto in legge nel corso del prossimo quinquennio attraverso degli interventi che richiederanno il supporto di numerose competenze specialistiche. Dunque, nel futuro non mancheranno di certo occasioni per ricalibrare le priorità imposte dalla costante evoluzione tecnologica e implementare via via la qualità delle misure richieste per raggiungere i traguardi desiderati.

68 Per una panoramica generale, tra le sterminata letteratura sull’argomento, si rimanda a J. ARO, *The cyberspace war: propaganda and trolling as warfare tools*, in *European view*, 1, 2016, 121-132; M. CAVINO, *Il triceratopo di Spielberg. Fake news, diritto e politica*, in *Federalismi.it*, 11, 2020, 32-42; C. VALDITARA, *Fake news: regolamentazione e rimedi*, in *Dir. inf.*, 2, 2021, 257-282.

VALENTINA CINGANO

Magistrato Ordinario, Dottore di ricerca in diritto pubblico

valentina.cingano@giustizia.it

**I LIMITI AL SINDACATO DEL GIUDICE PENALE
SULL'ATTO PRESUPPOSTO DERIVANTI DAL GIUDICATO
AMMINISTRATIVO**

**THE LIMITS FOR CRIMINAL JUDGE'S REVIEW OF THE
ADMINISTRATIVE MEASURES DEPENDING ON THE
ADMINISTRATIVE RES JUDICATA**

SINTESI

L'Autrice analizza i rapporti fra giudizio penale e giudizio amministrativo, nell'ipotesi in cui un atto amministrativo costituisca presupposto della condotta. L'obiettivo dell'indagine è quello di accertare se il sindacato del giudice penale incontri limitazioni in funzione delle vicende processuali che possano aver interessato il provvedimento amministrativo presupposto: in funzione dell'avvenuta proposizione di ricorso giurisdizionale, dello stato del relativo processo impugnatorio e dell'avvenuta formazione di un giudicato amministrativo (di rigetto o di accoglimento).

ABSTRACT

The Author analyzes the relationships between criminal proceedings and administrative proceedings, when an administrative measure constitutes a precondition of the conduct. The focus of the analysis is to verify whether the criminal judge's review is limited by processual events of the administrative measure, in case of proposition of legal remedies, or of a sentence that has become res judicata.

PAROLE CHIAVE: Sindacato del Giudice Penale sul Provvedimento - Giudicato Amministrativo e Penale - Effetti Extra-penali del Giudicato.

KEYWORDS: Res Judicata - Effects of the Res Judicata - Criminal Judge's Review of Administrative Measures.

INDICE: 1. Perimetrazione del campo di indagine. - 2. I poteri del giudice penale di accertare l'illegittimità di un provvedimento non sottoposto ad impugnazione dinanzi al giudice amministrativo. - 3. La contemporanea pendenza del processo penale e del processo amministrativo. - 3.1. Cognizione in via principale sull'atto e valutazione sulla sospensione. - 3.2. Facoltà di sospensione del processo penale e art. 479 c.p.p. - 3.3. Giudicato penale vincolante per il giudice amministrativo (ex art. 654 c.p.p.). - 4. I rapporti fra processo penale e processo amministrativo: giudicato amministrativo sull'atto presupposto e limiti al sindacato del giudice penale. - 4.1. Il giudicato amministrativo quale limite (solo tendenziale) per il giudice penale. - 4.2. Il vincolo derivante dal dedotto. - 4.3. Giudicato amministrativo liberamente valutabile nel processo penale. - 5. Giudicato amministrativo di annullamento e verifica della tipicità della fattispecie penale. - 6. Conclusioni.

1. Perimetrazione del campo di indagine

Quando l'atto amministrativo costituisce presupposto positivo o negativo della condotta¹, si verifica una interferenza fra diritto amministrativo e diritto penale².

Si pongono allora una serie di questioni sostanziali e processuali in via interpretativa: come la necessità di determinare se il reato postuli che vi sia un provvedimento esistente ed efficace (a prescindere dalla sua validità), oppure se la tipizzazione legale del reato presupponga l'esistenza di un atto amministrati-

1 L'atto amministrativo costituisce un presupposto positivo della condotta qualora abbia un effetto ampliativo della sfera giuridica del privato, come nel caso del permesso di costruire in relazione alle contravvenzioni di cui all'art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, o alla concessione demaniale in rapporto all'art. 1161 del codice della navigazione. L'atto amministrativo costituisce invece un presupposto negativo della condotta qualora abbia un effetto restrittivo della sfera giuridica del privato, come nel caso di un provvedimento impositivo di obblighi, ad esempio in relazione al cd. DASPO urbano di cui all'art. 10 c. 2 del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14.

2 In ordine al controllo che il giudice penale esercita nei confronti dell'attività amministrativa, cfr. gli studi monografici di T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Napoli, 1969; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1959; G. CONTENUTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979; C. FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Padova, 1998; M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980; R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1979. In argomento, anche A. ALBAMONTE, *Sindacato del giudice penale in materia di atti amministrativi*, in *Giust. Pen.*, 1975, III, 213; T. ALIBRANDI, *L'atto amministrativo nella fattispecie penale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1970, 764; F. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957, 337; T. GALIANI, *Sindacato giudiziario sugli atti amministrativi e norme penali*, in *Arch. Pen.*, 1968, I, 301; M. GAMBARDELLA, *Legittimità e merito dell'atto amministrativo nell'abuso d'ufficio*, in *Cass. Pen.*, 1994, 1378; L. MAZZAROLLI, *Attività amministrativa e giustizia penale*, in *Dir. e Soc.*, 1978, 663; C. MIGNONE, *Reato di costruzione abusiva e cosiddetta disapplicazione dei provvedimenti amministrativi di concessione edilizia e di sospensione dei lavori*, in *Dir. Pen. Impresa*, 1988, 50; A. MISIANI, *Il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 1995, 187; R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1965, 28.

vo valido, in rapporto all'individuazione del fondamento del sindacato del giudice penale sulla legittimità dell'atto³.

È altresì necessario verificare quali siano i limiti del sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo.

Tali limiti si pongono in relazione al contenuto del provvedimento ed ai vizi deducibili (con specifico riferimento al merito, che non può essere sindacato dal giudice penale), ma possono anche derivare dalle vicende processuali che eventualmente abbiano interessato l'atto amministrativo presupposto (a seconda che questo sia, o meno, stato impugnato dinanzi al giudice amministrativo, e che il relativo processo sia ancora pendente ovvero definito con sentenza passata in giudicato).

Dandosi per assodato che il sindacato incidentale del giudice penale sulla legittimità dell'atto amministrativo trovi il proprio fondamento sull'accertamento di tipicità della fattispecie concreta rispetto alla fattispecie legale⁴, la presente

3 Specificamente su questi aspetti, sia consentito rinviare a V. CINGANO, *Ampiezza e limiti del sindacato del giudice penale sull'atto amministrativo ampliativo e su quello restrittivo: vizi macroscopici ed elemento soggettivo; vizi non invalidanti ed elemento oggettivo del reato*, in *Rivista PA persone e amministrazione*, 2022, 1, 725 -758; V. CINGANO, *L'inottemperanza al provvedimento amministrativo di rimozione dei rifiuti e i poteri del giudice penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2014, pp. 325 – 338, ed ivi per ulteriori rinvii alla dottrina.

4 Di recente, in tema di foglio di via obbligatorio, tale interpretazione è stata ribadita da Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 25 ottobre 2022) 15 dicembre 2022, che così motiva sul punto: «... va ricordato che - come già chiarito dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 3 del 31/01/1987, Giordano - il potere di sindacato e di disapplicazione da parte del giudice penale dell'atto amministrativo, anche nel caso in cui esso non comporti una lesione di diritti soggettivi, può trovare fondamento e giustificazione in una esplicita previsione legislativa (come ad esempio avviene con il disposto dell'art. 650 c.p.), ovvero nell'ambito di interpretazione della norma penale, qualora la legittimità dell'atto amministrativo si presenti essa stessa come elemento essenziale della fattispecie criminosa. Nel caso in esame, l'accertamento della rispondenza della misura di prevenzione disciplinata dal d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, art. 2, al modello tipico previsto dalla legge costituisce adempimento doveroso, avente ad oggetto proprio la validità dell'atto integrante il presupposto del reato, e tanto più ineludibile allorché l'invalidità discenda dal difetto di uno degli elementi essenziali del provvedimento, integrante la forma più grave di patologia, rappresentata dalla nullità e non dall'annullabilità. Questa Corte, invero, ha avuto modo di affermare che la conformità a legge del provvedimento di rimpatrio con foglio di via obbligatorio deve essere accertata dal giudice penale alla luce dei parametri - indicati nella L. n. 241 del 1990, art. 21-octies - dell'incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere, con la precisazione, per quanto riguarda quest'ultimo, che esso è suscettibile di cognizione da parte del giudice ordinario non solo nella classica configurazione dello sviamento di potere, ma anche nelle varie figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza amministrativa (Sez. I n. 28549 del 18/06/2008...). Non vi è ragione, dunque, di limitare o circoscrivere l'ambito e la portata del sindacato di legittimità del giudice penale, quando esso investa addirittura l'accertamento della presenza degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, la cui mancanza sia

indagine è volta ad accertare se e quali limiti al sindacato del giudice penale sull'atto possano derivare dall'avvenuta impugnazione dell'atto medesimo dinanzi al giudice amministrativo (con conseguente formazione di un giudicato). Per il caso di giudicato sull'atto presupposto, deve anche tenersi presente che l'esito del giudizio amministrativo potrebbe essere stato di annullamento, con conseguente caducazione dell'atto ritenuto illegittimo, oppure di rigetto del ricorso. In tale ultimo caso, si deve accertare se il giudicato copra solo il dedotto (e allora si deve verificare se il giudice penale sia o meno vincolato dal giudicato che abbia escluso la sussistenza del vizio), senza quindi nulla implicare sulla verifica di legittimità del provvedimento, per eventuali ulteriori vizi non dedotti; ovvero se il giudicato copra anche il deducibile (con il che si dovrebbe verificare se il giudice penale possa o meno comunque accertare, in via incidentale, l'illegittimità del provvedimento).

La presente indagine si sofferma su tali aspetti, per verificare se il sindacato del giudice penale incontri limitazioni in funzione delle vicende processuali che possano aver interessato il provvedimento amministrativo presupposto (in funzione dell'avvenuta o meno proposizione di ricorso giurisdizionale e dello stato del relativo processo impugnatorio).

Tale verifica postula necessariamente (come si vedrà) una riflessione anche sui rapporti (di reciproca autonomia) fra processo penale e processo amministrativo, alla luce delle letture proposte dalla Dottrina e di quelle che si possono evincere dall'applicazione giurisprudenziale.

L'approfondimento proposto impinge strettamente l'analisi dei rapporti fra giudizio penale e giudizio amministrativo, e deve essere necessariamente condotto anche con riguardo ai contrasti manifestatisi nella giurisprudenza di legittimità, ribaditi nelle loro diverse opzioni interpretative anche nelle più re-

idonea a comportare la più grave sanzione della nullità (in conformità, del resto, all'indirizzo risalente a Sez. 3, n. 6537 del 30/03/1992...), avuto ulteriormente riguardo al rango della situazione giuridica soggettiva lesa per effetto della imposizione, al di fuori delle condizioni previste dalla legge, dei limiti alla libertà di circolazione connessi alla emissione di foglio di via obbligatorio».

centi decisioni (riferite, caso per caso, a differenti fattispecie concrete), soprattutto quanto all'efficacia (più o meno) vincolante, derivante dal giudicato amministrativo, per il sindacato del giudice penale.

2. I poteri del giudice penale di accertare l'illegittimità di un provvedimento non sottoposto ad impugnazione dinnanzi al giudice amministrativo

A livello di premessa metodologica, deve osservarsi che il provvedimento amministrativo presupposto potrebbe non essere stato sottoposto ad impugnazione (mediante azione di annullamento), divenendo così inoppugnabile.

L'inoppugnabilità dell'atto, derivante da omessa impugnazione dinnanzi al giudice amministrativo, non costituisce un limite rispetto al potere del giudice penale di accertarne incidentalmente la legittimità (atteso che l'istituto processuale dell'inoppugnabilità concerne la tutela degli interessi legittimi, non quella dei diritti soggettivi)⁵. Tale principio è stato affermato espressamente dalla giurisprudenza civile, ma può essere applicato anche nell'individuazione dei poteri del giudice penale (che, d'altra parte, ha natura di giudice ordinario,

⁵ Sulla inoppugnabilità dell'atto amministrativo, cfr. le riflessioni di E. CANNADA BARTOLI, *L'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Studi Jemolo*, III, 149; E. CANNADA BARTOLI, *Annullamento d'ufficio e inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1964, II, 143; G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, 261. Come chiarito dalla Dottrina, la mera inoppugnabilità del provvedimento lesivo non è in grado di incidere sulla ontologia dell'agire amministrativo, che, pur ove veda i propri effetti provvedimentali diventare intangibili a causa della loro mancata impugnazione nel termine decadenziale di sessanta giorni, nondimeno rimarrà illegittima ove comunque sia oggettivamente in uno stato di contraddizione rispetto alla disciplina prescritta dalle norme di azione attributive della potestà pubblica esercitata, con la conseguenza che sarà possibile comunque qualificare tale attività in termini di illiceità. L'inoppugnabilità rileva infatti esclusivamente sotto il profilo processuale, comportando unicamente, in capo al destinatario del provvedimento che si assume illegittimo e lesivo, il venir meno della titolarità del situazione giuridica soggettiva di natura processuale consistente nell'azione di annullamento; contrariamente il concetto di legittimità opera sul piano sostanziale, riguardando esclusivamente la conformità della fattispecie provvedimentale concreta a quella astratta decritta dalle norme attributive del potere. Un provvedimento inoppugnabile, dunque, non può ritenersi legittimo per il solo fatto di essersi consolidato a seguito del mancato esercizio di un'azione processuale. In questo senso, ad esempio, A. Vacca, *Risarcimento del danno causato da illegittimo esercizio del potere amministrativo e condanna generica: prolegomena*, in *Corriere Merito*, 2006, 12, 1481.

alla stregua di quello civile)⁶. E ciò in quanto l'omessa impugnazione del provvedimento non determina una sanatoria dei vizi dei quali risulti eventualmente affetto⁷, rimanendo quindi fermo il potere del giudice penale (adito, ad esempio, in rapporto alla violazione dell'art. 650 c.p.⁸) di accertarli incidentalmente.

L'inerzia dell'interessato, che non abbia sottoposto a sindacato l'atto, non si traduce dunque in alcun limite per i poteri di accertamento del giudice penale (che, eventualmente, potrebbe valutare tale inerzia non ai fini dell'integrazione dell'elemento oggettivo del reato, ma in rapporto alla verifica in concreto sulla sussistenza dell'elemento soggettivo).

Ancora un esempio.

Nel caso di contravvenzione edilizia, il giudice penale può sindacare la legittimità del permesso di costruire che sia stato eventualmente adottato dall'amministrazione (anche se tale legittimità non sia stata sottoposta al vaglio del giudice amministrativo). Il problema, in questo caso, attiene non tanto ai vincoli derivanti dall'omessa impugnazione dell'atto, quanto piuttosto all'individuazione del fondamento del potere di sindacare la legittimità dell'atto (posto che la fattispecie incriminatrice tipizza la costruzione in assenza di titolo, e non

6 In argomento, si possono richiamare i principi in diritto enunciati da Cass. Sez. II, 15 febbraio 2007, n. 3390; Cass. Sez. lav., 18 agosto 2004, n. 16175; Cass. Sez. trib., 5 marzo 2004, n. 4567. In particolare, la citata Cass. n. 3390/2007 ha stabilito che «il potere del giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo resta escluso soltanto se la sua legittimità sia stata affermata dal giudice amministrativo nel contraddittorio della parte e con autorità di giudicato, non anche nel caso in cui l'atto non sia stato tempestivamente impugnato dinanzi al giudice amministrativo, concernendo l'istituto della inoppugnabilità la tutela degli interessi legittimi e non quella dei diritti soggettivi» (nella specie, il giudice di pace aveva annullato l'ordinanza ingiunzione emessa per inottemperanza di un ordine di sgombero di un edificio ritenendo il suddetto ordine illegittimo e la Suprema Corte, in applicazione del principio di cui sopra, ha confermato la relativa decisione).

7 E, infatti, il provvedimento amministrativo può essere successivamente annullato dall'amministrazione, in via di autotutela, finché non si sia esaurito il potere nel cui esercizio lo stesso è stato emanato, nel rispetto dei limiti -anche temporali- stabiliti dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 (cfr. B. MAMELI, *Le novità della riforma Madia – annullamento d'ufficio e annullamento giurisdizionale a confronto*, in *Giur. It.*, 2016, 12, 2793). In generale, M. MACCHIA, *La riforma della pubblica amministrazione – sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 5, 621.

8 L'art. 650 c.p. sanziona con l'arresto (fino a 3 mesi) e con l'ammenda (fino ad euro 206,00) chiunque non osservi un provvedimento “legalmente dato” dall'autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene.

quella avvenuta in forza di un titolo esistente ma illegittimo) ed alla verifica circa la sussistenza dell'elemento soggettivo. In questa tipologia di reati (nei quali la rilevanza penale della condotta deve essere valutata rispetto ad un atto ampliativo), infatti, il fondamento del potere di controllo sull'atto amministrativo presupposto non può che derivare dalla formulazione del precetto penale: è nel verificare la tipicità della fattispecie che il giudice deve svolgere un sindacato sull'atto. Di qui la rilevanza di stabilire se il precetto richieda la sola esistenza del provvedimento o presupponga pure la validità dell'atto; solo in questo secondo caso, infatti, il giudice potrebbe verificare l'eventuale presenza di vizi.

Poiché la disposizione penale di cui all'art. 44 d.P.R. 280/2001 tipizza la fattispecie contravvenzionale in rapporto all'assenza del titolo⁹, è necessario verificare se integri il precetto (almeno sotto il profilo della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato¹⁰) anche l'attività edilizia posta in essere in forza di un titolo invalido (la cui illegittimità sia accertata in via incidentale dal giudice penale). Si tratta quindi di verificare se l'attività eseguita in conformità ad un permesso illegittimo sia equiparabile (sotto il profilo della rilevanza penale della condotta) a quella posta in essere in totale assenza di titolo. L'orientamento che si è consolidato a partire dalla decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, 12 novembre 1993, n. 11635, "Borgia", dà risposta affermativa al quesito, collegando il potere del giudice penale di sindacare la validità del provvedimento non al potere di disapplicazione, bensì alla verifica della tipicità della fattispecie, con l'obiettivo di garantire la tutela del bene sostanziale protetto dalla

9 L'art. 44 citato punisce oggi le attività di trasformazione del territorio eseguite in assenza di permesso di costruire o in assenza dello stesso (lett. b), anche in caso di lottizzazione abusiva o nel caso di interventi edilizi in zone sottoposte a vincolo (lett. c), nonché con inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal testo unico, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire stesso (lett. a). L'art. 44, lett. b), del d.P.R. n. 380/2001, in particolare, così come le previgenti norme di analogo contenuto, prevede la responsabilità penale per il caso di «*esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso [...]*» e non contempla l'ipotesi di un'opera realizzata in base ad un permesso esistente, ma illegittimo.

10 L'eventuale illegittimità del permesso di costruire accertata dal giudice penale, rilevante ai fini della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato, può essere valutata per escludere l'elemento soggettivo del reato, qualora in concreto emerga la buona fede del privato (il quale ha realizzato l'opera edilizia dopo il rilascio di un titolo abilitativo, seppure illegittimo).

norma, legato al rispetto delle norme e degli strumenti urbanistici¹¹. Il titolo edilizio (richiamato dalla norma penale ad integrazione descrittiva della fattispecie penale) non è idoneo, secondo le Sezioni Unite “Borgia”, a definire esaurientemente lo statuto urbanistico ed edilizio dell’opera *realizzanda* senza rinviare al quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle rappresentazioni grafiche del progetto approvato, con la conseguenza che, in tali ipotesi, non si configura una non consentita “disapplicazione” da parte del giudice penale dell’atto amministrativo, bensì l’esercizio, da parte del giudice penale, della potestà, attribuitagli dalla legge, di procedere ad un’identificazione in concreto della fattispecie sanzionata. Qualora emerga una difformità tra la normativa urbanistica ed edilizia e l’intervento realizzato, per il quale sia stato rilasciato un titolo abilitativo, il giudice penale è in ogni caso tenuto a verificare incidentalmente la legittimità di quest’ultimo, senza che ciò comporti la sua eventuale disapplicazione, in quanto tale provvedimento non è sufficiente a definire di per sé - ovvero prescindendo dal quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, e dalle rappresentazioni di progetto alla base della sua emissione - lo statuto di legalità dell’opera realizzata¹².

Questo sindacato sull’atto deriva quindi dal fatto che l’interesse protetto dalla normativa edilizia non è quello del rispetto delle prerogative della pubblica amministrazione nel controllo dell’attività edilizia (e perciò della regolarità delle procedure di rilascio dei titoli abilitativi), ma quello sostanziale della protezione del territorio in conformità alla normativa urbanistica. È per questo motivo che non si pone un problema di disapplicazione dell’atto amministrati-

11 Sull’argomento sono intervenute, in due diverse occasioni, le Sezioni Unite della Corte con le già richiamate sentenze “Giordano” (ss. uu., n. 3 del 31/1/1987, Giordano) e “Borgia” (ss. uu., n. 11635 del 12/11/1993, Borgia ed altri). I principi sono stati ribaditi dalle stesse Sezioni Unite con riferimento alla lottizzazione abusiva (ss. uu., n. 5115 del 28/11/2001, Salvini). In dottrina, B. GRAZIOSI, *Il paradigma positivo della lottizzazione abusiva e i nuovi confini della pianificazione urbanistica*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 5, 562; A. SCARCELLA, *Sindacabile in sede penale l’atto amministrativo non soltanto se illecito, ma anche se illegittimo*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 6, 728.

12 Cass. pen. Sez. III, 29 marzo 2022, n. 11303, che richiama Cass. pen., Sez. III, 16 giugno 2015, n. 36366.

vo illegittimo, quanto piuttosto di controllo della legittimità di un atto amministrativo che costituisce un elemento costitutivo o un presupposto del reato.

In tale ambito, quindi, l'individuazione dell'interesse tutelato dalle norme penali urbanistiche non serve per attribuire tipicità ad un fatto di reato che sia privo di tale connotato (la qual cosa sarebbe giuridicamente impraticabile), ma svolge piuttosto la funzione di attribuire l'esatto significato all'elemento normativo delineato nella fattispecie incriminatrice di riferimento, che, in quanto tale, è ricompreso nella tipicità del fatto. Deve ritenersi compreso nel tipo e, dunque, nel controllo, tutto ciò che, al di là della lettera della legge, sia imposto dalla funzione interpretativa, anche estensiva, della disposizione penale che va condotta alla luce del bene giuridico tutelato, della *ratio* della norma e di ogni altro elemento ricavabile dal sistema per ricostruire l'intenzione del legislatore. Sicché il giudice penale deve verificare, al fine di ritenere sussistente o meno il reato, tutto ciò che nella descrizione delle varie fattispecie penali, sia stato indicato, esplicitamente o implicitamente, come rilevante¹³.

3. La contemporanea pendenza del processo penale e del processo amministrativo

Il provvedimento presupposto potrebbe essere stato sottoposto a sindacato giurisdizionale da parte di un privato interessato, mediante proposizione di azione di annullamento e deduzione di specifici motivi di impugnazione (dinanzi al competente T.A.R., nel rispetto del prescritto termine di decadenza); ed allora il processo amministrativo potrebbe ancora essere pendente, oppure essersi definito con sentenza passata in giudicato. Sentenza che, nei limiti dei vizi dedotti dal ricorrente, si sarà pronunciata per l'accoglimento del ricorso - caducando dunque l'atto- ovvero per il rigetto del ricorso.

Si tratta dunque di verificare quali siano gli eventuali limiti per il sindacato del giudice penale che possano derivare dalla pendenza del processo ammi-

¹³ In questo senso, Cass. pen., Sez. III, 19 aprile 2022, n. 14977; Cass. pen., Sez. III, 30 ottobre 2018, n. 49687.

nistrativo (e, in particolare, se sussista o meno un onere del giudice penale di attenderne la definizione) o, ancora, dall'avvenuta formazione di un giudicato amministrativo sull'atto¹⁴.

3.1. Cognizione in via principale sull'atto e valutazione sulla sospensione

In caso di pendenza di processo amministrativo sull'atto, è il giudice penale che potrebbe valutare se attendere o meno la definizione del relativo processo amministrativo (e non viceversa), in quanto è nel processo amministrativo che vi è cognizione in via principale sulla legittimità del provvedimento (mediante proposizione di azione di annullamento o di nullità), mentre il giudice penale ha una cognizione solo incidentale sulla validità del provvedimento amministrativo (che rilevi nella definizione della tipizzazione del reato).

Ed infatti (quanto ai rapporti fra processo amministrativo e processo penale) il codice del processo amministrativo non annovera tra le cause di sospensione necessaria del giudizio amministrativo la pendenza di un procedimento penale, ancorché relativo ai medesimi fatti di cui si controverte in causa (artt. 8 e 77 del d. lgs. n. 104/2010¹⁵). L'attuale codice di procedura penale infatti ha superato l'idea che il giudizio penale dovesse produrre risultati valevoli

¹⁴ Su questo aspetto, cfr. *infra* nel prosieguo.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 8 del codice del processo amministrativo, il giudice amministrativo conosce in via incidentale di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale. Questo avviene nelle materie in cui non vi sia giurisdizione esclusiva, perché -se la materia è devoluta per legge alla giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo deve conoscere in via principale anche dei diritti soggettivi attribuiti alla sua cognizione. Ai sensi del capoverso dell'art. 8 citato, restano però riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso (con specifico riferimento al quale l'art. 77 del codice del processo amministrativo prevede la proposizione di querela di falso e la sospensione del processo). Per una riflessione ampia, anche in relazione all'art. 34 c.p.c., S. MENCHINI, *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995, 1 ss.; A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958; S. SATTA, *Nuove riflessioni in tema di accertamento incidentale*, in *Foro it.*, 1948, I, 64 ss.; G. VERDE, *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 175 ss.; M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2009, 2 ss., 196 ss.

in qualsiasi altra sede, restringendo l'autorità extra-penale del giudicato penale alle sole ipotesi di cui agli artt. 651 ss. c.p.p.¹⁶.

Quanto alla sospensione del processo, il codice del processo amministrativo richiama la disciplina civilistica e, quindi, in particolare viene in rilievo l'art. 295 c.p.p.¹⁷

La sospensione del giudizio *ex art.* 295 c.p.c. è necessaria soltanto quando la previa definizione di altra controversia civile, penale o amministrativa, pendente davanti allo stesso o ad altro giudice, sia imposta da una espressa disposizione di legge ovvero quando, per il suo carattere pregiudiziale, costituisca l'indispensabile antecedente logico-giuridico dal quale dipenda la decisione della causa pregiudicata ed il cui accertamento sia richiesto con efficacia di giudicato¹⁸.

16 In questo senso, ad esempio Cons. Stato Sez. III, 7 febbraio 2022, n. 822. In dottrina, cfr. gli studi di F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta e riflessa del giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.* 1948, I, 8; F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963; A. GHIARA, *Sub artt. 651-652*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, VII, Torino 1991; G. GIONFRIDA, *L'efficacia del giudicato penale nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1957, 48; G. GUARNERI, *Autorità della cosa giudicata penale nel giudizio civile*, Milano 1942; G. GUARNERI, voce *Giudizio (rapporto fra il giudizio civile ed il penale)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino 1961, 886; M. CHIAVARIO, voce *Giudizio (rapporti tra giudizi)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 984; M. SCAPARONE, voce *Rapporti tra processo civile e processo penale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma 1991, 1; F. TERRUSI, voce *Rapporti tra giudicato penale e giudizio amministrativo*, in *Dig. it., disc. pen.*, XI, Torino 1996, 27; S. RUGGERI, *I rapporti fra processo penale e altri procedimenti nell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Torino 2016, 2110. Sullo sviluppo storico, per tutti, E.T. LIEBMAN, *L'efficacia della sentenza penale nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1957, 5; F. CENERINI, *Introduzione storica allo studio dell'autorità del giudicato penale nel giudizio civile*, *ivi* 1989, 761. Nella dottrina più recente, U. LUCARELLI, *L'istituto del giudicato. Il giudicato penale e i suoi effetti civili*, Torino 2006; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano 2012, 106; L. MONTESANO, *Il «giudicato penale sui fatti» come vincolo parziale all'assunzione e alla valutazione delle prove civili*, in *Riv. dir. proc.* 1993, 939; R. Poli, *Sull'efficacia della sentenza penale nel giudizio civile*, in *Riv. dir. proc.* 1993, 520; G. SPANGHER, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, in *Aa.Vv.*, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, Milano 1995, 31; G. VANACORE, *Efficacia del giudicato penale nel processo civile di danno: la condanna e l'assoluzione*, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 498; D. VIGONI, *L'effetto vincolante del giudicato penale in altri settori dell'ordinamento: le coordinate normative*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 912; M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino 2000.

17 Per un inquadramento, anche a livello di impostazione storica, G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo di cognizione*, Bari, 1987; S. MENCHINI, *Sospensione del processo civile (di cognizione)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, 32 ss.

18 Cons. Stato Sez. III, 4 marzo 2019 n. 1499.

Il giudice amministrativo, al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 8 co. 2 e 77 c.p.a., non è dunque affatto tenuto alla sospensione del processo, essendo in questi casi tale scelta rimessa ad una valutazione di opportunità da compiersi in relazione alla rilevanza della pregiudizialità del giudizio penale rispetto al giudizio amministrativo.

3.2. Facoltà di sospensione del processo penale e art. 479 c.p.p.

Nella prospettiva speculare (che interessa questa indagine), l'art. 479 c.p.p. prevede la facoltà, per il giudice penale, di sospendere il dibattimento (fino a che la questione non sia stata decisa con sentenza passata in giudicato, ma comunque entro il limite di un anno), qualora *«la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente»*, e se *«la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa»*. Qualora il giudizio civile o amministrativo non si sia concluso nel termine di un anno, il giudice, anche di ufficio, può revocare l'ordinanza di sospensione.

In ogni caso, il termine di prescrizione non potrebbe essere sospeso per effetto della sospensione del dibattimento disposta a norma dell'art. 479 c.p.p., trattandosi di sospensione facoltativa non ricompresa nelle previsioni tassative dell'art. 159 c.p.¹⁹.

Tale preclusione alla contestuale sospensione del termine di prescrizione risulta particolarmente rilevante in rapporto alle contravvenzioni (ad esempio edilizie), con riferimento alle quali il rapido maturare del termine massimo di prescrizione (cinque anni, già valutate le eventuali cause di interruzione ex art. 161 c.p.) di fatto potrebbe impedire al giudice penale di pervenire ad una decisione sulla colpevolezza.

¹⁹ Cfr. in tema di bancarotta e di pendenza di giudizio di appello sulla sentenza dichiarativa di fallimento, Cass. pen. Sez. V Sent., 27 novembre 2019, n. 48212; Cass. pen. Sez. V Sent., 19 ottobre 2017, n. 48203.

La giurisprudenza ha delimitato in via interpretativa l'ambito applicativo dell'art. 479 c.p.p., da leggersi in rapporto a quanto previsto dall'art. 2 c.p.p.²⁰, circa l'autonomia del giudice penale nel risolvere in via incidentale ogni questione dalla quale dipenda la decisione della controversia (salvo che sia diversamente stabilito, come appunto nel caso di cui all'art. 479 c.p.p.). La disposizione, quale quella prevista dall'art. 479 c.p.p. deve quindi essere di stretta interpretazione, perché deroga al principio generale sancito dall'art. 2 c.p.p., comma 1, a sua volta riconducibile al principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito nell'art. 112 Cost.

Così, si esclude -in materia di reati edilizi- che la semplice proposizione del ricorso al giudice amministrativo avverso il diniego del nulla osta in sanatoria di un abuso urbanistico o paesaggistico comporti l'obbligo di sospensione del processo penale, atteso che la risoluzione del giudizio amministrativo non esplica effetti sulla sussistenza del reato ma solo sulla sua possibile estinzione, che consegue, comunque, ad una rinnovata valutazione da parte dell'autorità competente²¹.

20 Stabilisce l'art. 2 c.p.p.: «1. Il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito. 2. La decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo».

21 Cass. pen. Sez. III, 25 maggio 2020, n. 15752. La motivazione di tale decisione è particolarmente interessante nella parte in cui riflette sul rapporto fra l'art. 479 c.p.p. e la sospensione prevista dall'art. 45 del d.P.R. 380/2001: i rapporti tra sospensione del processo penale e sanatoria sono regolati - peraltro, per i soli reati urbanistici - dal d.P.R. n. 380 del 2001, art. 45, comma 1, il quale impone la sospensione dell'azione penale «finché non siano stati esauriti i procedimenti amministrativi di sanatoria di cui all'art. 36». Quest'ultima disposizione, al comma 3, sancisce che «sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata». Posto che il combinato disposto delle due citate norme prevede la sospensione dell'azione penale limitatamente ad un procedimento amministrativo destinato a concludersi nel termine massimo di sessanta giorni, la Corte costituzionale -chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale, in rapporto al principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito nell'art. 112 Cost., dell'identica normativa urbanistica disciplinante il rilascio della concessione edilizia in sanatoria ai sensi della legge 28 febbraio 1985, n. 47, art. 22, comma 1 e art. 13, comma 2, - aveva disatteso l'interpretazione secondo cui la sospensione necessaria del processo penale doveva estendersi anche oltre il termine dei sessanta giorni, sino alla fase del procedimento giurisdizionale amministrativo in cui si contesti la legittimità del mancato accoglimento dell'istanza di sanatoria (quanto meno sino alla pronuncia del T.A.R.): il blocco delle attività processuali penali «per lunghi tempi» non può non violare il principio di cui all'art. 112 Cost., che, invece, la breve necessaria sospensione dell'azione penale, di cui all'art. 22, comma 1 sicuramente non lede (Corte

Al di là di quanto previsto dall'art. 479 c.p.p., il giudice penale potrebbe valutare di rinviare il processo, su istanza della difesa ed in attesa della definizione di un eventuale giudizio amministrativo sull'atto presupposto. In tale caso, trattandosi -di fatto- di rinvio chiesto dall'imputato, sarà altresì possibile disporre la sospensione dei termini di prescrizione ex art. 159 c.p.

3.3. Giudicato penale vincolante per il giudice amministrativo (ex art. 654 c.p.p.)

Ne segue che, qualora il processo penale non sia stato sospeso né rinviato e si concluda con un giudicato prima della definizione del processo amministrativo sull'atto, l'accertamento del giudice penale vincolerà il giudice amministrativo, per l'accertamento dei fatti materiali ritenuti rilevanti per la decisione, ai sensi dell'art. 654 c.p.p.²².

Cost., sent. 31 marzo 1988, n. 370; commentata da A. BASSI, *Sospensione dell'azione penale e principio di obbligatorietà per i reati edilizi*, in *Urbanistica e Appalti*, 1997, 1, 44). Se, dunque, quando il legislatore si è posto il problema dei rapporti tra prosecuzione del processo penale per il reato urbanistico e richiesta del provvedimento amministrativo di sanatoria l'ha consapevolmente disciplinato nei termini ricordati, escludendo qualsiasi rilievo alla pendenza del giudizio amministrativo radicato avverso il diniego della sanatoria, alla pendenza di quel giudizio non può darsi surrettiziamente rilievo richiamando una disposizione, quale quella prevista dall'art. 479 c.p.p., che tale caso neppure disciplina e che del pari è di stretta interpretazione perché deroga al principio generale sancito dall'art. 2 c.p.p., comma 1, a sua volta riconducibile alla richiamata disposizione di matrice costituzionale. Al di fuori del campo di applicazione del d.P.R. n. 380 del 2001, art. 45, comma 1, senza richiamare l'art. 479 c.p.p., la giurisprudenza ammette, al più, la discrezionale facoltà del giudice, da motivarsi specificamente in relazione al prevedibile imminente rilascio della sanatoria, di accordare un rinvio del processo, su richiesta di parte e con conseguente sospensione del termine di prescrizione (cfr. Cass. Sez. Unite, 31 marzo 2016, n. 15427).

22 L'art. 654 c.p.p. regola l'efficacia della sentenza penale di condanna o di assoluzione in "altri" giudizi civili o amministrativi, stabilendo che «1. Nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale, la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo, quando in questo si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa». Sul tema, A. CARRATTA, *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2020, 4, 1442; F. FRANCIOSI, *Illecito urbanistico o edilizio e cosa giudicata. Spunti per una ridefinizione della regola del rapporto tra processo penale ed amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 99 ss.; G. GAROFALO, *La diversificazione degli standard di prova nel processo penale e nel rapporto fra giurisdizioni*, in *Cass. pen.*, 2020, 3882 ss.; E. PICOZZA, *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile e in quello penale*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 44 ss.

Questa diversa prospettiva (speculare e simmetrica a quella in esame) è stata, di recente, analizzata nella decisione del Consiglio di Stato n. 9656/2022²³.

Nel caso concreto sottoposto all'esame del Collegio, era stata impugnata, dinnanzi al giudice amministrativo, una ordinanza comunale che aveva ingiunto la demolizione di un manufatto (sull'assunto che fosse stato realizzato in assenza di titolo). L'interferenza fra giudizio penale e giudizio amministrativo derivava dal fatto che l'ente locale fosse già intervenuto a suo tempo, adottando un provvedimento di ripristino e denunciando penalmente l'illecito; il processo penale si era concluso con sentenza di proscioglimento (in quanto il giudice penale aveva ritenuto che l'opera sarebbe stata soggetta a semplice autorizzazione e che, pertanto, l'illecito sarebbe stato punibile unicamente con una sanzione pecuniaria).

Nel ribadire che il carattere vincolante, nei riguardi del giudizio amministrativo, dell'accertamento compiuto dal giudice penale è in ogni caso subordinato alla ricorrenza di presupposti rigorosi (sotto il profilo soggettivo, il giudicato è vincolante solo nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo; sotto il profilo oggettivo, il vincolo copre solo l'accertamento dei "fatti materiali" e non anche la loro qualificazione o valutazione giuridica, che rimane circoscritta al processo penale e non può condizionare l'autonoma valutazione da parte del giudice amministrativo o civile)²⁴, il Consiglio di Stato (nella decisione n. 9656/2022 in esame) ha concluso che il fatto che il giudice penale avesse ritenuto che il manufatto fosse soggetto a mera autorizzazione gratuita non impediva all'amministrazione comunale e al Tribunale di opinare diversamente. Né,

23 Consiglio di Stato Sez. VI, 3 novembre 2022, n. 9656.

24 Cfr. Cons. Stato Sez. VI, 26 luglio 2022, n. 6593; id., Sez. V, 18 gennaio 2022, n. 320; id. Sez. VI, 20/01/2022, n. 358; id. Sez. VI, 15 febbraio 2021, n. 1350; id. Sez. VI, 23 novembre 2017, n. 5473; id. Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1487.

infine, il fatto che il Comune avesse già, a suo tempo, ingiunto la demolizione gli impediva di reiterare l'ordine, atteso che lo stesso era rimasto ineseguito.

Dai principi di cui all'art. 654 c.p.p. deriva ulteriormente che l'eventuale qualificazione giuridica in termini di invalidità (annullabilità o nullità) che il giudice penale dovesse attribuire al provvedimento amministrativo rilevante nella fattispecie di reato esulerebbe, in quanto tale, dal vincolo del giudicato, atteso che il giudizio di invalidità non riguarda l'accertamento del fatto, ma la sua qualificazione giuridica. In ogni caso, il vincolo di giudicato della sentenza penale riguarda il solo accertamento dei fatti materiali, non anche la loro qualificazione giuridica²⁵.

Peraltro, quanto al limite soggettivo di cui all'art. 654 c.p.p., il giudice amministrativo, in mancanza di un espresso divieto di legge e in ossequio al principio della tipicità delle prove, ben potrebbe utilizzare come fonte anche esclusiva del proprio convincimento le prove raccolte nel giudizio penale conclusosi con sentenza non esplicitante autorità di giudicato nei confronti di tutte le parti della causa amministrativa e ricavare gli elementi di fatto dalla sentenza e dagli altri atti del processo penale, purché le risultanze probatorie siano sottoposte a un autonomo vaglio critico svincolato dall'interpretazione e dalla valutazione che ne abbia già dato il giudice penale, e purché la valutazione del materiale probatorio sia effettuata in modo globale e non frammentaria e limitata a singoli elementi di prova²⁶.

4. I rapporti fra processo penale e processo amministrativo: giudicato amministrativo sull'atto presupposto e limiti al sindacato del giudice penale

La biunivoca autonomia fra processo penale e processo amministrativo, che viene affermata nella valutazione sulla sospensione dei processi contemporaneamente pendenti, si riflette anche in relazione alla forza espansiva del giu-

25 Cons. Stato Sez. V, 17 marzo 2021, n. 2285.

26 Cons. Stato Sez. II, 4 gennaio 2021, n. 91; id., Sez. IV, 23 febbraio 2021, n. 1595.

dicato, che deve ritenersi vincolate (per altri plessi giurisdizionali) solo nei casi previsti dalla legge²⁷.

La forza espansiva del giudicato penale in altri giudizi, come legislativamente delineata dagli artt. 651 ss. c.p.p., infatti, non trova riscontro in termini di reciprocità²⁸.

Dalla (biunivoca) autonomia fra processo penale e processo amministrativo deriva -per quanto concerne i poteri di accertamento del giudice penale- che nessun vincolo "assoluto" può derivare nemmeno dall'avvenuta formazione di un giudicato amministrativo sull'atto presupposto.

Tale conclusione, che qui si avalla, non è univocamente affermata in giurisprudenza, ed anzi ha subito una significativa evoluzione interpretativa, che moveva -originariamente- dal riconoscimento dell'efficacia vincolante del giudicato amministrativo anche nel processo penale e che, nelle più recenti pronunce giurisprudenziali, si presenta in diverse declinazioni applicative (sovente fortemente influenzate dalla prospettiva di risolvere il caso concreto)²⁹.

27 Per quanto concerne le pronunce sulla giurisdizione, ad esempio, l'art. 59, L. n. 69/2009, sancisce la vincolatività «per ogni giudice e per le parti anche in altro processo» delle sole pronunce rese dalle Sezioni Unite della Cassazione. Analoga impostazione si rinviene anche nell'art. 11 c.p.a. Secondo l'interpretazione proposta da B. MEROLA e S. PEONGINI, *Occupazione acquisitiva: giudicato implicito civile ed efficacia preclusiva nel processo amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2021, 4, 479, il conferimento, alle sole sentenze della Cassazione, in punto di giurisdizione, di efficacia esterna anche in altre giurisdizioni, attesta che il legislatore non ha inteso riconoscere a tutte le altre pronunce del giudice civile un'analoga efficacia esterna, limitando la loro efficacia alla sola giurisdizione ordinaria.

28 D'altra parte, anche per quanto concerne i vincoli per il giudice amministrativo derivanti dal giudicato civile, B. MEROLA e S. PEONGINI, *Occupazione acquisitiva: giudicato implicito civile ed efficacia preclusiva nel processo amministrativo*, cit., propongono di superare l'orientamento giurisprudenziale -che considerano derivare anche da una sorta di "equivoco lessicale" circa l'efficacia pan-processuale del giudicato- favorevole a ritenere che il giudicato civile espliciti efficacia di giudicato anche nel processo amministrativo (opzione da ultimo implicitamente accolta anche da Cons. Stato, Ad. Plen., 9 aprile 2021, n. 9, in rapporto alla rilevanza del giudicato civile formatosi sulla domanda di risarcimento per equivalente rispetto alla domanda di risarcimento in forma specifica successivamente proposta al giudice amministrativo) per approdare invece al riconoscimento di un modello di tendenziale separazione processuale (ricavabile anche da quanto previsto dall'art. 75 c.p.p. in ordine ai rapporti fra processo penale e processo civile).

29 Tali applicazioni sono oggetto di specifica indagine nei successi paragrafi, ai quali si rinvia per i richiami ai singoli orientamenti applicativi.

4.1. Il giudicato amministrativo quale limite (solo tendenziale) per il giudice penale

In tema di rapporti tra provvedimenti adottabili in sede penale e provvedimenti resi da altri giudici³⁰, infatti, secondo un risalente orientamento, l'autorità giudiziaria ordinaria non aveva il potere di valutare la conformità a legge di un "*arrêlé*" di un'altra giurisdizione³¹ (nella specie, una sentenza del T.A.R. coperta da giudicato): ciò in quanto il cittadino - pena la vanificazione dei suoi di-

30 Diversa è la questione inerente ai rapporti tra pronuncia del giudice (amministrativo) e esercizio (o, meglio, ri-esercizio) del potere amministrativo discrezionale, che viene analizzata - con particolare attenzione all'evoluzione della portata conformativa giudicato in rapporto alla natura del processo amministrativo, da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto - da A. DI CAGNO, *Giusto processo e giusto procedimento amministrativo- giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, in *Giur. It.*, 2020, 3, 696. Nella dottrina recente, riflette sui rapporti fra processo amministrativo ed esercizio dell'autotutela anche B. MAMELI, *Le novità della riforma Madia - annullamento d'ufficio e annullamento giurisdizionale a confronto*, cit. A fronte della regola costituita dall'esercizio discrezionale dell'autotutela (sulla natura discrezionale del potere di autotutela, M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2016), poi, vengono individuate ipotesi di autotutela doverosa proprio in rapporto all'avvenuta formazione di un giudicato del giudice ordinario che abbia accertato incidentalmente l'illegittimità di un atto amministrativo (cfr. R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentoale di annullamento degli atti illegittimi fra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2017). Sull'annullamento doveroso, o vincolato, in generale e fra gli scritti più recenti, S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; E. Giardino, *L'autotutela amministrativa e l'interpretazione della norma*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2018, 4, 439; C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2946 ss., S. TATTI, *L'annullamento d'ufficio tra doverosità e discrezionalità*, in *Riv. trim. app.*, 2013, 147 ss., P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/ 2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur.*, 2014, 21 ss., S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016, N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, *ivi*, n. 5/2017; N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2017, spec. 19 ss.

31 Cfr. Cass. Sez. III, 11 gennaio 1996, n. 54, decisione relativa alla configurabilità del reato di costruzione senza titolo, e di conseguente provvedimento di sequestro, nonostante l'esistenza di una pronuncia definitiva del T.A.R. che affermava la legittimità della costruzione. Come successivamente rilevato da Cass. Sez. III, 25 maggio 2020, n. 15752, dalla massima si comprende come il problema nella specie affrontato concernesse in realtà la valutazione dell'insussistenza del profilo soggettivo per il fatto di aver confidato nella legittimità della concessione edilizia la cui legittimità era stata affermata dal giudice amministrativo). Il principio enunciato da Cass. n. 54/1996 è poi stato ripreso da Cass. Sez. III, n. 1894 del 14 dicembre 2006, che a sua volta richiama Sez. III, n. 39707 del 5 giugno 2003; nonché Cass. Sez. II, n. 50189 del 9 dicembre 2015. In dottrina, F. BASILE, A. BASSI, G.L. GATTA, *Edilizia*, in *Corriere Merito*, 2007, 6, 755, commentano la decisione del Tribunale Cosenza, 20 marzo 2007, che si è pronunciata a seguito del rinvio disposto da Cass. n. 1894/2007.

ritti civili - non potrebbe essere privato della facoltà di fare affidamento sugli strumenti della tutela giurisdizionale posti a sua disposizione dall'ordinamento.

Questa risalente decisione ha condizionato la successiva giurisprudenza di legittimità, ma sono stati apportati alcuni “correttivi” per restringere l'ampiezza del ritenuto vincolo per il giudice penale.

Si è così affermato che a quest'ultimo è preclusa la valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale qualora sul tema sia intervenuta una sentenza irrevocabile del giudice amministrativo, ma tale preclusione non si estende ai profili di illegittimità, fatti valere in sede penale, non dedotti ed effettivamente decisi dal giudice amministrativo³².

Le sentenze del giudice amministrativo, passate in giudicato, esplicherebbero un effetto preclusivo insuperabile sui poteri di cognizione del giudice penale solo limitatamente allo specifico profilo di illegittimità effettivamente deciso dal giudice amministrativo³³. Tale preclusione non si estenderebbe, però, ai profili di illegittimità, fatti valere in sede penale, che non siano stati dedotti ed effettivamente decisi in quella amministrativa³⁴.

Il vincolo sarebbe quindi limitato a quanto effettivamente dedotto, e non si estenderebbe al cd. “*deducibile*”³⁵.

32 Cfr. Cass. pen. Sez. VI, 20 aprile 2018, n. 17991, che richiama Cass. pen. Sez. III, 18 luglio 2014, n. 44077 (che aveva giudicato immune da censure il provvedimento impugnato che aveva confermato il sequestro preventivo di uno stabilimento balneare per il reato previsto dagli artt. 54 e 1161 del codice della navigazione, previa disapplicazione della concessione demaniale ritenuta illegittima perché priva di durata determinabile, a fronte di una pronuncia del TAR che si era limitata a verificare, ed escludere, che detta concessione dovesse essere dichiarata scaduta). In precedenza, nello stesso senso, anche Cass. Sez. I, 11 gennaio 2011, n. 11596.

33 Cass. pen. Sez. III Sent., 22 giugno 2017, n. 31282.

34 Cass. Sez. I, n. 11596 del 11 gennaio 2011, già citata.

35 Su tale specifico punto, Cass. pen. Sez. I Sent., 30 luglio 2010, n. 30496: «*la preclusione del cosiddetto giudicato esecutivo non si estende a tutte le questioni deducibili ma esclusivamente a quelle che sono state dedotte ed effettivamente decise*». Cfr. altresì Cass. Sez. IV, 4 giugno 2009, n. 32929. È necessario precisare che, invece, all'interno della giurisdizione amministrativa, il vincolo derivante (per lo stesso giudice amministrativo) dal giudicato copre non solo il dedotto, ma anche il deducibile, in relazione al medesimo oggetto, con la conseguenza che riguarda non solo le ragioni giuridiche e di fatto esercitate in giudizio ma anche tutte le possibili questioni, proponibili in via di azione o eccezione, che, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono precedenti logici, essen-

Questo filone interpretativo della giurisprudenza ha così chiarito che la valutazione del giudice penale in ordine alla legittimità di un atto amministrativo, costituente il presupposto di un reato, non è preclusa da un giudicato amministrativo formatosi all'esito di una controversia instaurata sulla base di documentazione incompleta, o comunque fondata su elementi di fatto rappresentati in modo parziale o addirittura non veritiero, sempre che tali criticità risultino da dati obiettivi preesistenti e sconosciuti al giudice amministrativo, ovvero sopravvenuti alla formazione del giudicato³⁶. Fermo restando che non può

ziali e necessari, della pronuncia (cfr. ad es. Cons. St. Sez. III, 7 luglio 2020 n. 4369). Cons. Stato (Ad. Plen.), 15 gennaio 2013, n. 2, a seguito di ordinanza di rimessione del medesimo Cons. Stato, ord. 5 aprile 2012, n. 2024, enuncia il seguente principio di diritto: «*La questione dell'annoverabilità nell'ambito del giudicato non solo del dedotto, ma anche del deducibile, la quale si può porre solo nei riguardi dell'attività oggetto di esame giudiziale, in quanto tale anteriore a quest'ultimo, poiché l'esigenza di certezza, propria del giudicato, non può proiettare l'effetto vincolante nei riguardi di tutte le situazioni sopravvenute di riedizione di un potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza, si pone ove la riedizione del potere si concreti nel valutare diversamente, in base ad una nuova prospettiva, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano state oggetto di esame da parte del giudice. In tal caso non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice, seppure la riedizione del potere deve essere assoggettata a precisi limiti e vincoli. (Fattispecie avente ad oggetto la erronea ritenuta inammissibilità del ricorso per l'ottemperanza avente ad oggetto la pretesa illegittimità dell'azione amministrativa in quanto carente di coerenza con la decisione giurisdizionale. L'azione amministrativa successiva alla decisione viene, dunque, prospettata come disallineata rispetto al contenuto del giudicato formatosi)*». Nella giurisprudenza amministrativa di primo grado, T.A.R. Campania Salerno Sez. II, 2 febbraio 2021, n. 294, ha così chiarito: «*il giudicato rappresenta la regolamentazione incontrovertibile che conferisce il crisma d'intangibilità alla res controversa, regolamentandola sotto un profilo formale e sostanziale. Così scandito, copre il dedotto e il deducibile in relazione al medesimo oggetto, sicché esso riguarda non solo le ragioni giuridiche e di fatto esercitate in giudizio ma anche tutte le possibili questioni (proponibili in via di azione o eccezione) che, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono precedenti logici, essenziali e necessari, della pronuncia (Consiglio di Stato sez. III, 7 luglio 2020, n.4369). Nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo il suddetto principio processual-civilistico, secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, si atteggia in modo differente, rapportato alla peculiare natura impugnatoria del giudizio in cui verte, atteso che, come sostiene granitica giurisprudenza (TAR Trento, sez. I, 8 giugno 2020, n. 82; TAR Roma, sez. I, 8 maggio 2020, n. 4841; TAR Ancona, sez. I, 27 dicembre 2019, n.798), il giudicato si forma solo in relazione ai vizi dell'atto di cui è stata accertata la sussistenza (o l'insussistenza) sulla base dei motivi di censura articolati dal ricorrente, restando dunque salvi da un lato, qualora il ricorso sia stato respinto, la possibilità di una nuova impugnazione del medesimo atto ovvero di un suo annullamento in autotutela da parte della stessa Pubblica amministrazione per vizi diversi da quelli esclusi dal giudice e dall'altro, nell'opposta ipotesi di accoglimento del ricorso e annullamento dell'atto impugnato, la potestà della stessa Pubblica amministrazione di rideterminarsi col solo limite di non incorrere nei vizi già accertati in sede giudiziale*». Ciò che viene coperto dal giudicato non è soltanto il dispositivo, bensì anche l'iter argomentativo seguito.

36 Cass. pen. n. 31282/2017, cit. Nella specie, relativa alla violazione dell'art. 44 d.P.R. 30/2001, contestata ad un imprenditore agricolo, la Corte ha ritenuto immune da censure la decisione di merito che aveva escluso la sussistenza di una preclusione, da giudicato amministrativo, in ordine all'insufficienza del patrimonio edilizio preesistente a soddisfare le esigenze

spiegare alcun effetto nel procedimento penale una valutazione effettuata dal giudice amministrativo con riferimento a situazioni che, sebbene analoghe, abbiano comunque riguardato soggetti e circostanze diverse³⁷.

Questo coordinamento fra giudicato amministrativo ed accertamento del giudice penale in termini di vincolatività solo “tendenziale” garantisce l’esigenza di affermare un principio di “non contraddizione” tra i giudicati resi sullo stesso tema da differenti autorità giudiziarie, ma sconta il limite conseguente al fatto che il sistema processuale afferma il diverso principio di tendenziale autonomia delle giurisdizioni (autonomia che inevitabilmente porta con sé la possibilità di contrasti e, ancor più, di sentenze formatesi su fatti diversamente valutati dalle distinte autorità giudiziarie³⁸).

Peraltro, da un attento esame dei precedenti giurisprudenziali che aderiscono a questo filone interpretativo, emerge che il principio è stato perlopiù affermato “in negativo”, per escludere quindi che sussistesse un effettivo vincolo

abitative dell'imputato, in quanto tale requisito - presupposto essenziale per il legittimo rilascio del permesso di costruire in zona agricola - era stato valutato dal giudice amministrativo sulla base di una rappresentazione dei luoghi che, in sede penale, era risultata falsa. Così letteralmente la motivazione: «... 3.5 Ritiene il Collegio che quanto affermato dai giudici del merito sia corretto, perché non può considerarsi ostativo alla valutazione del giudice penale sulla legittimità dell'atto amministrativo presupposto del reato il giudicato amministrativo formatosi all'esito di una controversia instaurata sulla base di documentazione incompleta o che, comunque, si è fondata su elementi di fatto rappresentati in modo parziale o, addirittura, non rispondenti al vero. Se, infatti, ciò che rileva, sulla base dei principi dianzi richiamati, è la piena cognizione della questione trattata da parte del giudice amministrativo e la effettiva decisione sulla legittimità dell'atto amministrativo presupposto del reato, tali evenienze non possono ritenersi verificate quando la decisione sia stata assunta disponendo di dati inesatti o incompleti. Ciò, ovviamente, quando la situazione che libera il giudice penale dall'ostacolo opposto dal giudicato amministrativo non sia conseguenza di mere valutazioni personali ma risulti da un dato obiettivo preesistente e sconosciuto al giudice amministrativo o sopravvenuto. Ritenendo, invece, che il giudice penale sia in ogni caso vincolato dal giudicato amministrativo, si perverrebbe alla singolare situazione per cui, pur nella consapevolezza che la ritenuta legittimità del provvedimento amministrativo sia da escludere sulla base di elementi fattuali obiettivamente significativi, egli debba comunque ritenere insussistente un reato che nel processo penale risulta pacificamente accertato».

37 Cass. Sez. III, 6 giugno 2015, n. 30171. La decisione è oggetto di specifico esame *infra*.

38 Questa valutazione in termini di “tendenziale autonomia” è stata chiaramente affermata dalla già citata Cass. n. 15752/2020, che -nel ribadire l’esistenza di un vincolo solo “tendenziale” derivante dal giudicato amministrativo, richiama Cass. pen. Sez. IV, 30 novembre 2012, n. 46471. In dottrina, F. PERONI, *Sui rapporti fra giudicato amministrativo e determinazioni del giudice penale*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 2, 181; M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, 215; M.L. Busetto, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, Milano, 2000, 39; P. CORVI, *Questioni pregiudiziali e processo penale*, Padova, 2007, 307.

derivante dal giudicato amministrativo³⁹. Significativa, in questo senso, Cass. n. 30171/2015, intervenuta in sede cautelare di impugnazione di un sequestro preventivo di alcuni manufatti nei confronti dell'indagato, in relazione ai reati di cui agli artt. 54 e 1161 c.n. e 181 del d. lgs. n. 42 del 2004, per l'occupazione, senza valido titolo, di circa 340 mq di suolo pubblico facente parte del demanio marittimo⁴⁰.

Ebbene, con un primo motivo di ricorso era stata dedotta violazione di legge, rilevandosi che il giudice di prima istanza avrebbe erroneamente ritenuto che fosse preclusa, al giudice ordinario, la possibilità di valutare la legittimità della convenzione stipulata tra l'indagato e l'amministrazione comunale ed avente ad oggetto una porzione di demanio marittimo limitrofa a quella già regolarmente occupata, per il fatto che il giudice amministrativo avrebbe ricono-

39 Questa considerazione, riferita al fatto che -nel caso concreto- all'affermazione del principio segue una esclusione di vincolatività del giudicato amministrativo, che si era pronunciato solo su alcuni vizi di legittimità, per come dedotti, senza perciò estendersi anche ai vizi non esaminati, si ritrova nelle pronunce sopra citate: cfr. Cass. pen. Sez. VI, 20 aprile 2018, n. 17991 («*A differenza di quanto sostenuto dai ricorrenti, tale valutazione non integra la violazione del giudicato amministrativo, essendo stato individuato un profilo di illegittimità non valutato in tale sede e ciò è in linea con l'orientamento giurisprudenziale di questa Corte, secondo il quale al giudice penale è preclusa la valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale qualora sul tema sia intervenuta una sentenza irrevocabile del giudice amministrativo, ma tale preclusione non si estende ai profili di illegittimità, fatti valere in sede penale, che non siano stati dedotti ed effettivamente decisi in quella amministrativa...* »); Cass. pen. Sez. III Sent., 22 giugno 2017, n. 31282; Cass. pen. Sez. III, 18 luglio 2014, n. 44077; Cass. pen. Sez. IV, 30 novembre 2012, n. 46471, intervenuta nell'ambito di un procedimento penale avente ad oggetto l'ipotesi di illeciti edilizi, ove era stato operato il sequestro preventivo del cantiere edile; Cass. Sez. I, 11 gennaio 2011, n. 11596 («*Ed invero, seppure deve riconoscersi - come a ragione sostenuto dal PG ricorrente - che il potere del giudice penale di valutare la legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale, incontra un limite nei provvedimenti giurisdizionali del giudice amministrativo passati in giudicato (in termini, in materia di reato di costruzione senza concessione, si veda Sez. 3, Sentenza n. 54 del 11/1/1996, dep. il 3/04/1996, imp. Ciaburri, Rv. 204622, secondo cui "l'autorità giudiziaria ordinaria non ha il potere di valutare la conformità a legge di un arrêt di un'altra giurisdizione")*», ritiene tuttavia questo Collegio, anche in considerazione del carattere autonomo della giurisdizione penale rispetto a quella amministrativa e della assoluta rilevanza ed inderogabilità del potere del giudice ordinario di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, che tale effetto preclusivo sussista con riferimento ad un provvedimento giurisdizionale del giudice amministrativo passato in giudicato, che abbia espressamente esaminato lo specifico profilo di illegittimità dell'atto fatto valere, incidentalmente, in sede penale, dovendo altrimenti ritenersi, in maniera non dissimile a quanto affermato da questa Corte in tema di processo esecutivo (in termini, Sez. 1, Sentenza n. 30496 del 3/06/2010 dep. 30/07/2010), che la preclusione del cosiddetto giudicato amministrativo non si estende a tutte le questioni deducibili ma esclusivamente a quelle che sono state dedotte ed effettivamente decise»).

40 Cass. Sez. III, 6 giugno 2015, n. 30171, cit.

sciuto la legittimità di diversa ed analoga convenzione stipulata da altro soggetto con il medesimo comune. La Corte ha ritenuto fondato il ricorso, affermando che aveva sbagliato il giudice penale nel ritenere vincolante una decisione del giudice amministrativo che aveva trattato una questione attinente ad una fattispecie definita “identica” a quella sottoposta al suo esame, ma in realtà riferita a situazioni che, sebbene analoghe, avevano comunque riguardato soggetti e circostanze diverse. Il giudicato amministrativo in questione, infatti, riguardava una concessione demaniale marittima rilasciata ad una diversa società. Secondo la Corte, quindi, tale decisione amministrativa concerne soltanto quest’ultima società e non può spiegare alcun effetto riguardo ad un altro titolo concessorio, relativo ad una diversa area demaniale, il cui rilascio ad un differente concessionario evidentemente presuppone, pur in presenza di un’unica procedura concorsuale di aggiudicazione, quantomeno particolari valutazioni che riguardano, ad esempio, l’idoneità di quel soggetto, le modalità di gestione dell’area, le caratteristiche delle infrastrutture ed ogni altro aspetto strettamente correlato a quello specifico rapporto tra amministrazione e concessionario e non ad altri. In conclusione, la estraneità della questione trattata dal giudice amministrativo rispetto a quella sottoposta all’esame del giudice penale esclude qualunque effetto preclusivo del giudicato amministrativo nel processo penale. In senso contrario, una affermazione di vincolatività si risolve in una “sostanziale abdicazione del potere- dovere dei giudici” di verificare la validità ed efficacia dello specifico titolo abilitativo rilasciato all’indagato per l’occupazione di un determinato spazio demaniale, non potendo spiegare alcun effetto nel procedimento penale una valutazione che il giudice amministrativo ha effettuato con riferimento a situazioni che, sebbene analoghe, hanno comunque riguardato soggetti e circostanze diverse.

4.2. Il vincolo derivante dal dedotto

Recentemente, il principio dell'efficacia extra-amministrativa del solo dedotto è stato ribadito da Cass. pen. Sez. III, n. 11316/2022⁴¹, che è stata così massimata: *«al giudice penale è preclusa la valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale qualora sul tema sia intervenuta una sentenza irrevocabile del giudice amministrativo, ma tale preclusione non si estende ai profili di illegittimità, fatti valere in sede penale, che non siano stati dedotti ed effettivamente decisi in quella amministrativa»*. È proprio tale sentenza, quindi, che sembrerebbe affermare “in positivo” l'efficacia extra-penale del giudicato amministrativo, sebbene in un contesto applicativo del tutto peculiare.

Tale decisione è intervenuta con riguardo ad un ricorso proposto avverso l'ordinanza con la quale il giudice per le indagini preliminari aveva dichiarato inammissibile la richiesta di revoca di una sentenza di non luogo a procedere, riferita a reati di falso, lottizzazione abusiva nonché opere realizzate in assenza dei prescritti titoli abilitativi dal punto di vista urbanistico ed ambientale.

In questo ambito, una delle questioni controverse atteneva alla qualificazione giuridica del piano regolatore portuale: sulla questione era intervenuto, dopo l'emanazione della sentenza di non luogo a procedere, il giudice amministrativo, che aveva affermato (in primo grado) che il piano regolatore portuale avrebbe rappresentato a tutti gli effetti uno strumento di pianificazione urbanistica alla cui stregua andava dunque valutata la conformità di ogni singolo intervento edilizio. Anche alla luce di questa affermazione, il pubblico ministero aveva fondato la richiesta di revoca della sentenza di non luogo a procedere. Tuttavia, il Consiglio di Stato, sezione VI, con la sentenza n. 8356 del 28 dicembre 2020, all'esito della ricostruzione storico-normativa della relazione giuridica esistente tra la pianificazione urbanistica e il piano regolatore portuale, aveva affermato, ribaltando la precedente pronuncia del T.A.R., che *«i Piani Regolatori Portuali approvati antecedentemente alla L. n. 84 del 1994, non hanno effetti di conformazione del territorio»*, con la conseguenza che il piano regolatore portuale

41 Cass. pen. Sez. III, 29 marzo 2022, n. 11316.

rilevante in causa, risalente al 1975, non poteva essere considerato come parametro giuridico ai fini della valutazione di conformità urbanistica degli interventi in contestazione; non risultando peraltro che le prescrizioni dello stesso fossero state in qualche modo recepite nelle previsioni del piano regolatore.

Ebbene, la Corte di cassazione ha ritenuto che, in conseguenza di tale arresto del giudice amministrativo, ai fini della valutazione di conformità urbanistica degli interventi, la sentenza di non luogo a procedere mantenesse ferme per tutti i reati all'epoca contestati le relative statuizioni. Aggiungendo, in conclusione, che nemmeno risultava che il giudice amministrativo, nel pervenire a tale conclusione, avesse pretermesso di considerare aspetti decisivi quanto all'eventuale illegittimità di provvedimenti amministrativi che costituissero presupposti o elementi normativi di fattispecie penalmente rilevanti.

Si impone una riflessione.

Dalla lettura congiunta della motivazione di Cass. n. 11316/2022 e del giudicato in essa applicato (Cons. Stato n. 8356/2020) sembra potersi trarre non tanto che la Corte abbia ritenuto vincolante il giudicato amministrativo, quanto piuttosto che essa abbia avallato una interpretazione (inerente alla natura giuridica del piano regolatore portuale) in esso contenuta.

E, infatti, il Consiglio di Stato, nella richiamata decisione n. 8356/2020, ha esaminato la natura giuridica del piano regolatore portuale, che era stato erroneamente assunto quale riferimento ai fini della valutazione di conformità urbanistica degli interventi di causa, per statuire così l'annullamento dei provvedimenti impugnati, ovverosia gli atti conclusivi della conferenza di servizi di diniego della conformità urbanistica degli interventi di *security* portuale).

Anche in questo caso, quindi, il principio dell'efficacia vincolate del giudicato amministrativo (per quanto concerne il solo dedotto) è stato richiamato, ma -in concreto- non effettivamente applicato dal giudice penale (che, infatti, pare aver soltanto avallato una interpretazione circa la natura giuridica dell'atto, come contenuta nella motivazione del giudicato).

4.3. Giudicato amministrativo liberamente valutabile nel processo penale

In realtà, sembra che una valutazione complessiva dei rapporti fra accertamento (irrevocabile) del giudice amministrativo e poteri di accertamento del giudice penale debba essere piuttosto valutato in termini di autonomia (non solo tendenziale).

Si è visto che (nella prospettiva speculare dei vincoli per il giudice amministrativo derivanti dal giudicato penale), l'art. 654 c.p.p. subordina l'efficacia soggettiva del giudicato penale alla sussistenza del pieno contraddittorio: il giudicato è vincolante solo nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo. L'assenza di analoga disposizione legislativa che valga a limitare i poteri di accertamento del giudice penale (per il caso in cui si sia formato un giudicato amministrativo) è di per sé elemento valutabile al fine di escludere un'efficacia vincolante del giudicato amministrativo, in forza di quanto stabilito dall'art. 2 c.p.

Ulteriore elemento (sistematico) che potrebbe essere invocato per escludere la sussistenza di tale vincolo attiene proprio all'integrità del contraddittorio. Se, infatti, può essere che -in rapporto all'applicazione dell'art. 654 c.p.p.- nel processo penale antecedente alla formazione del giudicato siano state presenti quali parti processuali le stesse coinvolte nel giudizio amministrativo di annullamento (*in primis*, il privato ed, eventualmente, anche la pubblica amministrazione che abbia adottato il provvedimento della cui legittimità si discute), non pare che sia configurabile anche l'opposto (considerato che la pubblica accusa, parte necessaria del giudizio penale, non lo è nel processo amministrativo⁴²).

42 Questo aspetto trova conforto nelle valutazioni effettuate anche da F. FRACARIO, *L'accertamento del fatto illecito nel giudizio amministrativo e nel giudizio penale: problemi e interferenze*, in *Corriere Merito*, 2007, 3, 371. L'Autore si sofferma sull'analisi del rapporto che si crea tra i due processi (penale ed amministrativo) «nel momento in cui un medesimo episodio o fatto di vita finisce con l'essere portato all'attenzione di entrambi i giudici ... Il problema che intendo esaminare è quindi quello delle possibili interferenze o condizionamenti che i processi possano o debbano necessariamente subire per effetto dell'accertamento compiuto da altro giudice», opinando che il giudicato non aiuti a risolvere il problema fra sistemi diversi. Fra le ragioni ostative che l'Autore annovera vi è, specificamente, quella inerente

La valutazione della pienezza del contraddittorio può essere apprezzata in rapporto non solo all'identità delle parti, ma anche alla difficoltà di giustificare (nella prospettiva della pubblica accusa, ma anche del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*) un vincolo che deriverebbe da un giudizio svoltosi a fini diversi, in rapporto ad una diversa tematica processuale controversa⁴³, in applicazione di regole processuali differenti.

L'assenza di pienezza del contraddittorio, in rapporto anche alle deduzioni delle parti funzionali a delimitare l'oggetto del giudizio che si conclude con il giudicato, può essere ulteriore elemento da valutare ai fini di escludere la vincolatività del giudicato amministrativo nel processo penale (nei confronti di un soggetto, la pubblica accusa, che non è stata parte del processo amministrativo).

Se si avalla l'interpretazione proposta, nel senso che il giudicato amministrativo sull'atto presupposto non vincoli il giudice penale, né quanto al dedotto né quanto al deducibile, è necessario interrogarsi su come possa essere valutato un giudicato amministrativo da parte del giudice penale.

Dall'analisi del dettato normativo e dell'interpretazione giurisprudenziale, si può desumere che la sentenza irrevocabile del giudice amministrativo possa essere acquista ai fini della prova del fatto in essa accertato, ed è liberamente valutabile dal giudice a norma degli artt. 187 e 192 c.p.p., proprio ai fini della prova del fatto in essa accertato⁴⁴, nell'ambito del sindacato esercitato dal giudice penale sulla sussistenza delle tipicità del reato contestato.

all'integrità del contraddittorio: «Perplexità in ordine alla possibilità di applicare correttamente l'istituto del giudicato sorgono anche per la difficoltà di ravvisare il presupposto necessario delle identità delle parti: ... anche perché il Pubblico Ministero è parte necessaria nel processo penale ed è difficile che intervenga nel processo amministrativo. Tecnicamente, si vuol dire, non sussistono i presupposti processuali perché l'istituto possa essere applicato».

⁴³ «A nulla vale difendersi con riferimento ad una certa situazione giuridica, se il giudice è chiamato a decidere su una situazione giuridica diversa; e ciò vale sia in relazione a questione di diritto, sia in relazione alla questione di fatto». Così A. CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2020, 3, 981.

⁴⁴ Tale orientamento interpretativo è in realtà stato valutato come minoritario da Cass. pen. Sez. III, n. 15752/2020 cit.

Sicché le sentenze del giudice amministrativo, ancorché definitive, non vincolano quelle penali ed una volta acquisite agli atti del dibattimento sono liberamente valutabili ai fini della decisione⁴⁵, nemmeno essendo invocabile l'applicazione dell'art. 238 *bis* disp. att. c.p.p. (che riguarda le sole sentenze irrevocabili del giudice penale)⁴⁶.

Dal giudicato amministrativo non deriva quindi alcun vincolo, analogamente a come nessun vincolo deriva per il giudice penale da accertamenti effettuati in sentenze (in tesi rese anche dal giudice amministrativo) non definitive (che possono essere utilizzate come prova limitatamente alla esistenza della de-

45 Cass. pen. Sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 10210, ha ritenuto che le sentenze del giudice amministrativo, ancorché definitive, non vincolano quello penale ed una volta acquisite agli atti del dibattimento sono liberamente valutabili ai fini della decisione. Tale pronuncia è intervenuta con riferimento all'indagine del giudice penale, sulla sussistenza o meno della contestata violazione dell'art. 323 c.p., statuendo in proposito che tale indagine ben può svolgersi e concludersi in modo difforme rispetto a pronunce del T.A.R., anche se esse abbiano ad oggetto singoli frammenti di condotta, pure valutati in sede penale (e ciò in quanto nel vigente ordinamento processuale l'art. 238 *bis* c.p.p. si limita a consentire l'acquisizione in dibattimento di sentenze - non necessariamente solo penali - divenute irrevocabili, ma dispone che esse siano valutate a norma dell'art. 187 e art. 192, comma 3, stesso codice, «*ai fini della prova del fatto in esse accertato*»). La Corte ha così ritenuto che le pronunzie del giudice amministrativo, pur definitive, non vincolano il giudice penale ma possono soltanto essere acquisite agli atti del dibattimento per essere liberamente considerate ai fini della decisione (cfr. Cass. pen. sez. III, 39358/2008 per una sentenza del giudice tributario) e tale libera autonoma valutazione ben può concludersi, se ragionevolmente argomentata in modo difforme dall'assunto dei giudici amministrativi. Secondo la Corte, tale principio ha trovato, del resto e per altro verso, un'espressa conferma normativa nella delimitazione della cognizione del giudice penale in rapporto alle questioni c.d. incidentali contenute nell'art. 2, comma secondo, c.p.p., il quale dispone che «*la decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo*». In dottrina, cfr. L. MURGOLO, *Abuso edilizio e art. 323 c.p. tra il giudice penale e amministrativo*, in *Urbanistica e Appalti*, 2020, 3, 333. Con riguardo alla dottrina in materia tributaria (con specifico riferimento all'art. 654 c.p.p.) G. SASSARA, *Giudice tributario vincolato dalla sentenza di assoluzione penale resa sugli stessi fatti*, in *Fisco*, 2021, 41, 3974.

46 Come precisato da Cass. Sez. V, n. 41796 del 17 giugno 2016, che richiama a sua volta Cass. Sez. IV, 26 giugno 2008, n. 28529; Cass. Sez. V, 4 marzo 2013, n. 14042; Cass., Sez. 6, 24 febbraio 2011, n. 10210. Secondo quanto precisato dalla Corte, l'art. 238 *bis* c.p.p. riguarderebbe soltanto le sentenze irrevocabili pronunciate dal giudice penale, e non quelle rese nei giudizi civili o amministrativi, sicché per queste il vincolo sarebbe ancor meno stringente: l'utilizzo delle sentenze irrevocabili, acquisite ai fini della prova dei fatti in esse accertati ex art. 238 *bis* c.p.p., riguarda esclusivamente quelle rese in altro procedimento penale e non anche quelle rese in un procedimento civile, adottando i due ordinamenti processuali criteri asimmetrici nella valutazione della prova; pertanto le sentenze di un giudice diverso da quello penale, pur se definitive, non vincolano quest'ultimo, ma, una volta acquisite, sono dal medesimo liberamente valutabili.

cisione e alle vicende processuali in esse rappresentate)⁴⁷, il cui contenuto è liberamente valutabile.

Secondo il principio generale fissato dall'art. 2 c.p.p., infatti, al giudice penale spetta il potere di risolvere autonomamente ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito. L'unica disposizione che attribuisce espressamente "efficacia di giudicato" nel processo penale a sentenze extra-penali è l'art. 3, comma 4, cod. proc. pen. con riferimento alla «*sentenza irrevocabile del giudice civile che ha deciso una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza*»⁴⁸.

Tale principio è stato recentemente ribadito dalla I Sezione della Corte di cassazione, in tema di bancarotta per distrazione ed in rapporto al fatto che un credito professionale avrebbe trovato conferma all'esito di giudizio arbitrale⁴⁹. Secondo la Corte, l'accertamento arbitrale non è vincolante per il giudice penale, proprio in forza della non vincolatività per il giudice penale del giudicato civile o amministrativo emesso all'esito di procedimento diverso da quello penale, anche in ragione delle obiettive asimmetrie contemplate nei diversi ordinamenti processuali, anzitutto in tema di valutazione delle prove. La Corte precisa ulteriormente che le prove, l'*iter* logico, gli argomenti giuridici desumibili dal processo civile e dal corrispondente *iussum* possono essere utilizzati nel processo penale quali elementi rilevanti per orientare il convincimento giudiziale.

47 Come precisato in un caso concernente la pronuncia di un giudice penale: le sentenze pronunciate in procedimenti penali diversi e non ancora divenute irrevocabili, legittimamente acquisite al fascicolo del dibattimento nel contraddittorio fra le parti, possono essere utilizzate come prova limitatamente alla esistenza della decisione e alle vicende processuali in esse rappresentate, ma non ai fini della valutazione delle prove e della ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento in quei procedimenti (Cass. Sez. U, 12 luglio 2005, n. 33748).

48 Cass. pen. Sez. III, 30 aprile 2019, n. 17855, specificamente riferita all'efficacia di sentenza civile nel processo penale. Nella specie, il GIP, in funzione di giudice dell'esecuzione penale, aveva respinto l'opposizione avverso l'ordinanza che aveva rigettato la richiesta di revoca del provvedimento di confisca e contestuale restituzione di più unità immobiliari, o, in subordine, l'istanza di riconoscimento del diritto ad occupare gli immobili. La confisca era stata disposta con sentenza irrevocabile, per reati di frode fiscale, in relazione al prezzo o al profitto di tali reati, e per equivalente. Il giudicato civile che veniva in questione era quello inerente a sentenze civili di accertamento della simulazione assoluta delle vendite effettuate.

49 Cass. pen. Sez. I, 12 gennaio 2022, n. 538.

Nemmeno una sentenza del giudice amministrativo, passata in giudicato, che abbia esaminato uno specifico vizio di illegittimità può quindi essere una preclusione ai poteri di accertamento del giudice penale.

Tale principio, sebbene enunciato in decisioni che intervengono in materie del tutto eterogenee fra loro, può essere utilmente invocato anche rispetto ai reati urbanistico-ambientali.

Si è visto, infatti, che -in tale materia- la giurisprudenza che tende a ripetere (anche in materia urbanistico-ambientale) l'efficacia vincolante del giudicato penale limitatamente al dedotto, in realtà applica tale principio in negativo (ritenendo quindi che il giudice penale non sia vincolato dal mero deducibile, e che non possa spiegare alcun effetto nel procedimento penale una valutazione effettuata dal giudice amministrativo con riferimento a situazioni che, sebbene analoghe, abbiano comunque riguardato soggetti e circostanze diverse).

Ebbene, si può ritenere che, di fatto, tali pronunce (implicitamente) sottopongano i precetti contenuti nel giudicato penale comunque ad una interpretazione ai sensi degli artt. 187 e 192 c.p.p., al fine di verificare se effettivamente la valutazione sulla legittimità del provvedimento possa o meno avere ricadute anche sul reato contestato nel processo penale. E, infatti, la citata giurisprudenza comunque riconosce al giudice penale un sindacato circa l'identità soggettiva delle parti, le modalità con le quali si è svolto il processo amministrativo (ad esempio, in rapporto alla completezza della documentazione e della prospettazione degli elementi di fatto) o all'esistenza di sopravvenienze⁵⁰.

5. Giudicato amministrativo di annullamento e verifica della tipicità della fattispecie penale

La tenuta della lettura proposta sull'efficacia nel processo penale del giudicato amministrativo (liberamente valutabile) deve essere vagliata con partico-

⁵⁰ Cfr. Cass. pen. n. 31282/2017, cit. e Cass. pen. n. 30171/2015 cit.

lare attenzione alle sentenze di annullamento, pronunciate dal giudice amministrativo e divenute irrevocabili.

La sentenza amministrativa di annullamento, infatti, è caratterizzata da un effetto caducatorio, che determina il venir meno del provvedimento e dei suoi effetti retroattivamente (ovverosia dal momento della sua adozione, salvi i casi di legittimità sopravvenuta e salva la modulazione nel tempo della retroazione)⁵¹.

Ne deriva, secondo la Dottrina, un effetto riflesso (da non confondersi con i limiti soggettivi del giudicato) che si risolve nel dovere di tutti i soggetti dell'ordinamento di riconoscere l'avvenuta rimozione dell'atto (*c.d. effetto di fatti-specie degli atti costitutivi*)⁵². Tale dovere di riconoscimento sussisterebbe, d'altra parte, anche a prescindere dall'efficacia di giudicato, come nel caso in cui l'atto presupposto venga rimosso attraverso l'esercizio dell'autotutela per accertata illegittimità originaria, rimozione che opera *ex tunc* al pari dell'annullamento giurisdizionale.

51 Cfr. ad esempio Cons. giust. amm. Sicilia, 13 dicembre 2022, n. 1257: dei tre effetti prodotti dal giudicato amministrativo, demolitorio, ripristinatorio e conformativo, i primi due si rivolgono al passato con effetti tendenzialmente irretrattabili, mentre il terzo (che si produce allorquando non soddisfatti di per sé la domanda di tutela ma richieda ulteriori adempimenti conformativi) pone un vincolo di conformazione alla ulteriore (e futura) attività amministrativa. L'effetto demolitorio si sostanzia nel fatto che l'esercizio del potere che segue la sentenza di annullamento deve tenere conto di quanto accertato in sentenza, così come si desume, in particolare, dalla motivazione, atteso che il dispositivo ha portata esclusivamente demolitoria (e ripristinatoria). L'effetto ripristinatorio della sentenza deriva dal fatto che l'annullamento opera *ex tunc*. Quanto all'efficacia temporale della caducazione, Cons. Stato Sez. III, 16 febbraio 2021, n. 1409, precisa che la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato può, sia pure in circostanze assolutamente eccezionali, trovare una deroga, con la limitazione parziale della retroattività degli effetti, o con la loro decorrenza *ex nunc*. L'ordinamento riconosce la possibilità di graduare l'efficacia delle decisioni di annullamento di un atto amministrativo.

52 E. PICOZZA, *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile ed in quello penale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 1, 44, che richiama la teoria della "presupposizione ad effetto preclusivo", e -su di essa- P. VIRGA, *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento amministrativo*, in *Studi in onore di E. Guicciardi*, Padova, 1990, 687; E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Studi economico-giuridici in memoria di Franco Ledda*, Torino, 2004; S. DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo. Contributo allo studio della funzione complessa*, Napoli, 2006.

L'annullamento giurisdizionale dell'atto non può quindi non avere rilevanza anche nell'ambito del processo penale, ove l'esistenza e la legittimità dell'atto debbano essere accertate⁵³.

Tale rilevanza, come sembra potersi proporre, deve essere valutata in rapporto non tanto ad una efficacia extra-processuale del giudicato, quanto al sindacato sulla sussistenza degli elementi tipici (oggettivi e soggettivi) del reato contestato.

È infatti da intendere come tale rilevanza debba essere apprezzata dal giudice penale: se come vincolo, ovvero piuttosto come elemento fattuale che debba essere valutato nell'ambito del sindacato sulla tipicità del reato. In buona sostanza, infatti, se l'atto è venuto meno (perché annullato), viene meno anche un presupposto del reato. Ma è il giudice penale che deve verificare come la caducazione degli effetti dell'atto rilevi in rapporto all'accertamento della fattispecie di reato (nei suoi profili oggettivi e soggettivi)⁵⁴.

Sembra allora opportuno distinguere fra le ipotesi in cui tale annullamento rilevi *in bonam partem* per l'imputato, ovvero *in malam partem*, a seconda che l'atto amministrativo presupposto ponga un vincolo per il privato (come ad

53 Sulla rilevanza, cfr. ancora E. PICOZZA, *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile ed in quello penale*, cit. e, per l'elaborazione del concetto, A. FALZEA, *Rilevanza giuridica* in *Enc. dir.*, Vol. XL, Milano, 1989, 900. Lo stesso A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, afferma che «*giuridicamente rilevante dicesi una situazione di fatto concreta quando risulti costituita da tutti gli elementi richiesti dalla norma giuridica perché l'atto venga riconosciuto dal diritto e reso quindi capace di produrre effetti giuridici*». L'Autore pone in relazione la rilevanza giuridica all'efficacia giuridica, affermando che la prima è preordinata alla seconda.

54 In tempi ormai risalenti, nella dottrina si rinvenivano autori che, nell'argomentare sui rapporti fra giudicato amministrativo e sindacato del giudice penale, assumono lo stesso presupposto logico. Il riferimento è a G. DUCA, *Incidenza nel giudizio penale della decisione che annulla l'atto amministrativo*, in *Dir. Pen. e Processo*, 1998, 2, 215 (nota a Cass. pen. Sez. III, 13 dicembre 1996, n. 4311): «*...Se il giudice penale deve procedere ad un'indagine sulla validità dell'atto amministrativo che «entra» nel giudizio penale, nel caso in cui tale atto qualifichi il reato stesso, esso giudice non può decidere ignorando totalmente le vicende di tale provvedimento, dando valore, al contrario, alla situazione di fatto sottostante che peraltro non ha avuto modo di conoscere e quindi di giudicare contraria o meno alla legge. È necessario chiarire, al contrario, nell'ambito del potere di verifica della validità di un atto amministrativo da parte del giudice ordinario, che la verifica della sussistenza di ogni elemento dell'azione penale è un'operazione imprescindibile, e che questa verifica, nei casi di reato qualificato appunto da un atto amministrativo, dovrà essere basata sull'accertamento della validità dell'atto medesimo. Tale validità costituisce infatti il presupposto stesso dell'azione penale*». All'esito di tali considerazioni, l'Autore conclude proponendo di inquadrare la fattispecie in esame nell'ambito delle cause sopravvenute di non punibilità.

esempio nel caso di cui all'art. 650 c.p.p.), ovvero lo rimuova (come nel caso delle contravvenzioni edilizie).

Qualora il provvedimento amministrativo restrittivo (la cui violazione integri la condotta tipica, sotto il profilo oggettivo) sia stato annullato mediante sentenza del giudice amministrativo passata in giudicato (così comportando la riespansione *ex tunc* della posizione soggettiva arbitrariamente compromessa dal provvedimento annullato), il giudice penale -verificata la carenza di tipicità della fattispecie, in quanto è venuto meno l'atto presupposto- potrà pronunciare sentenza assolutoria.

Invece, il provvedimento amministrativo (ampliativo) rileva quale presupposto della condotta, tipicamente, nelle contravvenzioni edilizie. Qualora il processo penale concerna una imputazione di responsabilità penale per una contravvenzione edilizia (in ipotesi, per avvenuta costruzione in assenza di titolo), si può porre la necessità di verificare se l'illiceità della condotta sussista (sotto il profilo oggettivo) per il caso di permesso di costruire che sia stato annullato dal giudice amministrativo.

L'annullamento del titolo autorizzatorio, disposto da una sentenza passata in giudicato, rimuove dall'ordinamento con effetto *ex tunc* l'atto annullato, sicché la costruzione effettuata sulla base di un titolo annullato risulta giuridicamente priva di titolo autorizzatorio, al pari di quella effettuata senza che neppure fosse stato approvato un titolo⁵⁵.

Se l'opera edilizia sia stata realizzata in forza di un titolo successivamente caducato in sede amministrativa (processuale), allora il giudice penale potrà ritenere (all'esito della verifica circa la sussistenza della tipicità oggettiva del reato) che effettivamente, venuto meno il titolo (oggetto della pronuncia di annullamento) l'opera diventa senza titolo. Il profilo che dovrà essere maggiormente approfondito, in questo caso, sarà quello inerente alla sussistenza dell'elemento

55 Cons. Stato Sez. IV, 11 marzo 2019, n. 1620, in tema di piano di lottizzazione.

soggettivo del reato (al fine di verificare se il privato fosse in buona fede e avesse prestato un legittimo affidamento sulla validità del titolo edilizio)⁵⁶.

In questa ipotesi, viene quindi in rilievo la verifica circa la sussistenza del reato, essendo venuto meno il titolo per effetto della sentenza amministrativa di annullamento, in rapporto alla sussistenza della condotta realizzata *sine titulo*.

Tenuto però conto dei principi enunciati dalla giurisprudenza (e, in particolare, dalla sentenza “Borgia” delle Sezioni Unite della Corte di cassazione), il giudice penale dovrà comunque accertare se, in concreto, sussista una lesione del bene giuridico protetto (ovverossia se le opere realizzate siano in contrasto con gli strumenti urbanistici). Il giudice penale, nel valutare la rilevanza del giudicato di annullamento, deve quindi autonomamente valutare la sussistenza dell'illecito contestato, nell'analisi di tipicità della fattispecie, in rapporto alla tutela del bene giuridico sostanziale (il corretto assetto del territorio)⁵⁷. È il territorio che costituisce il bene oggetto della tutela. E tale bene può essere pregiudicato da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività, il cui parametro di legalità è dato

56 Peraltro, la norma di cui all'art. 38 d.P.R. 380/2001, consente -a determinate condizioni- in caso di annullamento del permesso di costruire, l'applicazione di una sanzione pecuniaria, in luogo della demolizione. Mediante tale istituto, il legislatore ha ritenuto opportuno conferire all'amministrazione la possibilità di non procedere automaticamente all'applicazione delle normali sanzioni susseguenti all'accertamento dell'abuso (demolizione dell'opera), potendo essere conveniente mantenere l'opera realizzata e introitare una sanzione pecuniaria cospicua, quale appunto quella costituita dal valore venale delle opere abusive realizzate. La fattispecie valorizza quindi l'affidamento ingenerato nel beneficiario dei provvedimenti ampliativi. Con la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 7 settembre 2020, n. 17, è stata risolta la questione sulla corretta interpretazione dell'art. 38, d.P.R. n. 380/2001, delimitando la possibilità di procedere a sanatoria degli interventi realizzati sulla base di un permesso di costruire successivamente annullato (mediante irrogazione della sanzione pecuniaria) ai vizi che riguardano forma e procedura. Fra le differenti opzioni interpretative, la decisione presceglie la soluzione più aderente al dato letterale e sistematico, statuendo che, qualora i vizi del provvedimento a suo tempo rilasciato, che ne hanno provocato l'annullamento in sede giurisdizionale, riguardino l'insanabile contrasto del titolo edilizio con le norme di programmazione e regolamentazione urbanistica, va esclusa l'applicabilità del regime di fiscalizzazione. In argomento, cfr. A. LICCI MARINI, *L'Adunanza Plenaria fissa i limiti operativi dell'art. 38 TUE*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 1, 72.

57 Cass. pen., n. 14977/2022, cit.

dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente⁵⁸. Il bene tutelato dalle norme incriminatrici è la salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio regolati dagli strumenti urbanistici.

Nel caso di giudicato di annullamento, il giudice penale potrà allora verificare quale sia la rilevanza dell'effetto demolitorio derivante dalla pronuncia di annullamento dell'atto amministrativo.

Ai fini di una lettura sistematica degli effetti del giudicato, si può ritenere che tale rilevanza derivi non tanto da una efficacia extra-processuale diretta e vincolante del giudicato esterno di annullamento, quanto piuttosto da una valutazione della rilevanza dell'efficacia riflessa della pronuncia del giudice amministrativo. Con il conseguente dovere del giudice penale di valutare come l'avvenuta rimozione dell'atto annullato incida sulla sussistenza del reato.

Questo non significa che il giudice penale effettui una valutazione di conformità a legge di una sentenza di un'altra giurisdizione (quella del giudice amministrativo che abbia annullato l'atto presupposto della condotta penalmente rilevante), poiché così facendo violerebbe il principio di riparto di giurisdizione⁵⁹.

Nell'interpretazione proposta, quando il giudicato amministrativo abbia annullato provvedimenti illegittimi, il sindacato del giudice penale risponde alla necessità di accertare la rilevanza della caducazione dell'atto rispetto al tipo di reato.

6. Conclusioni

La lettura proposta (che esclude la sussistenza di una preclusione per il sindacato del giudice penale), applicata anche nel caso di giudicato amministrativo di annullamento, risulta coerente con l'individuata autonomia fra processo

58 Cass. ss. uu. n. 11635/1993, Borgia, cit. e, di recente, Cass. ss. uu. n. 56678/2018, cit. Cfr. anche Cass., Sez. III, 13 luglio 2017, n. 46477; id., Sez. III, 21 marzo 2006, n. 21487.

59 In questo senso, L. BISORI, *Concessione illegittima e reati edilizi: rapporti tra giudicato amministrativo e sindacato del giudice penale*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 1, 117 (nota a Cass. pen., 21 ottobre 2003).

penale e processo amministrativo (per le ipotesi in cui il reato coinvolga l'accertamento circa la legittimità di un provvedimento già sottoposto a sindacato dinnanzi al T.A.R.), ma anche con le caratteristiche del giudicato amministrativo di annullamento, come tratteggiate anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁶⁰, che escludono che il giudicato amministrativo possa operare *erga omnes*⁶¹.

Tale lettura, che vuole essere unitaria sia per le sentenze di rigetto sia per le sentenze di annullamento, propone quindi di valorizzare l'autonomia fra i due plessi, non attribuendo al giudicato amministrativo efficacia vincolate per l'accertamento del giudice penale, ma riconoscendo al giudice penale il potere di valutare la rilevanza del giudicato nell'ambito del sindacato sull'accertamento degli elementi oggettivo e soggettivo del reato.

Come riconosciuto dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite, la pluralità delle giurisdizioni è una connotazione ben radicata nel sistema, ed è conseguentemente naturale che il giudicato formatosi in uno dei plessi (che costituiscono in tale modalità di autonomia la manifestazione del potere giurisdizionale dello Stato) non possa incidere sull'esercizio della giurisdizione effettuato da un altro plesso, nel rispetto del proprio ambito: «*Il policentrismo giurisdizionale di-*

60 Cons. Stato Ad. Plen. 27 febbraio 2019, n. 5 e n. 4. Cfr. anche Cass. civ. Sez. lavoro, 23 febbraio 2021, n. 4905: il giudicato amministrativo -in assenza di norme *ad hoc* nel codice del processo amministrativo- è sottoposto alle disposizioni processual-civilistiche, per cui il giudicato opera solo *inter partes*, secondo quanto prevede per il giudicato civile l'art. 2909 c.c.

61 I casi di giudicato amministrativo con effetti *ultra partes* sono eccezionali e si giustificano in ragione dell'inscindibilità degli effetti dell'atto o dell'inscindibilità del vizio dedotto: in particolare, l'indivisibilità degli effetti del giudicato presuppone l'esistenza di un legame altrettanto indivisibile fra le posizioni dei destinatari, in modo da rendere inconcepibile - logicamente, ancor prima che giuridicamente - che l'atto annullato possa continuare ad esistere per quei destinatari che non lo hanno impugnato. In tutti i casi indicati, tuttavia, l'inscindibilità riguarda solo l'effetto di annullamento (l'effetto caducatorio), perché è solo rispetto ad esso che viene a crearsi l'incompatibilità logica che un atto inscindibile possa non esistere più per taluno e continuare ad esistere per altri. Ben diverso è il discorso per ciò che concerne gli ulteriori effetti del giudicato amministrativo (di accertamento della pretesa, ordinatori, conformativi). Secondo un risalente e consolidato orientamento interpretativo gli effetti di accertamento della pretesa e, consequenzialmente a tale accertamento, quelli ordinatori/conformativi operano sempre solo *inter partes*, essendo soltanto le parti legittimate a far valere la violazione dell'obbligo conformativo o dell'accertamento della pretesa contenuto nel giudicato.

segnato dai Costituenti, lasciando un ampio spazio di evoluzione che il legislatore ordinario ha consapevolmente messo a frutto, non si traduce in una relatività dell'esito di ogni plesso, o comunque nella deminutio dell'esito di un plesso per la sopravvenienza dell'esito divergente prodotto da un altro plesso. Non si tratta, infatti, di un disordine, bensì di parallelismo; e il parallelismo è una forma di autonomia ontologica»⁶².

62 Cass. civ. Sez. Unite, 5 ottobre 2021, n. 26920: nessuna incidenza riveste un giudicato penale sopravvenuto su un giudizio amministrativo ancora in corso, che infatti non ne condivide l'oggetto sostanziale, pur se a livello sovranazionale sia configurabile (come nel caso sottoposto all'esame della Corte) una natura di "quasi-penale" dell'oggetto amministrativo, tale natura non avendo certo un effetto di - per così dire - fusione giurisdizionale nella struttura basilare degli ordinamenti interni.

MASSIMO MEROLA

Managing partner, BonelliErede Bruxelles, Professore al Collegio d'Europa di Bruges e
Conférencier all'Università Paris II

massimo.merola@belex.com

FEDERICO MACCHI

Funzionario presso la Commissione europea

federico.macchi@ec.europa.eu

LA COSTITUZIONE DI DIRITTI DI GARANZIA E OBBLIGHI DI NOTIFICA *GOLDEN POWER* TRA TEORIA E PRASSI APPLICATIVA

THEORETICAL AND PRACTICAL INSIGHTS ON THE APPLICATION OF ITALIAN FDI RULES ('GOLDEN POWER') TO COLLATERAL SECURITIES AND GUARANTEES

SINTESI

Il presente contributo mira a fornire una disamina il più possibile sistematica delle norme golden power applicabili alle garanzie, alla luce della (limitata) prassi decisionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri e degli spunti offerti dalla dottrina. Ne emerge un quadro frammentato e non scevro di dubbi interpretativi, ma che consente di stabilire alcuni punti fermi.

ABSTRACT

This article aims at providing a systematic overview of the golden power rules applicable to guarantees, in the light of the (limited) decision-making practice of the Prime Minister's Office and some insights offered by scholars. The picture is rather fragmented and not free interpretative doubts, but it is still possible to identify a number of fundamental points.

PAROLE CHIAVE: Golden power; Garanzia; Pegno; Notifica; Investimenti stranieri (diretti)

KEY WORDS: Golden power; Guarantee; Collateral; Notification; Foreign (direct) investments / FDI

INDICE: 1. Introduzione; 2. Le disposizioni rilevanti per il controllo golden power su garanzie; 3. L'oggetto delle garanzie su beni e attivi rilevanti ai fini golden power; 4. Il pegno su partecipazioni in

società attive in settori strategici o titolari di attivi strategici; 5. Altre tipologie di garanzie rilevanti secondo la disciplina *golden power*; 6. Aspetti procedurali: il momento in cui sorge l'obbligo di notifica *golden power* e il soggetto notificante; 7. Conclusioni

1. Introduzione

Mentre la normativa *golden power* in Italia, al pari del meccanismo di coordinamento europeo, pur ancora lontani dalla fase di maturità (che si raggiungerà solo quando potrà ritenersi ottenuto un elevato grado di certezza del diritto), compiono significativi progressi in diversi ambiti, può risultare utile un contributo sull'applicabilità della normativa alla costituzione di garanzie. Si tratta infatti di uno dei temi più controversi emersi sinora, nonché di uno dei più frequentemente discussi, dato che pacchetti di garanzie accompagnano numerose transazioni di *private equity*.

Con questo breve lavoro miriamo a fornire una disamina il più possibile sistematica delle norme *golden power* applicabili alle garanzie, alla luce della (limitata) prassi decisionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri e degli spunti offerti dalla dottrina. Come si vedrà, ne emerge un quadro frammentato e non scevro di dubbi interpretativi, ma che consente di stabilire alcuni punti fermi.

Benché la disciplina *golden power* contempli la costituzione di garanzie fin dal momento della sua introduzione nel 2012, non si è ancora formata una prassi applicativa consolidata, soprattutto per quanto riguarda l'individuazione dell'esatto perimetro degli obblighi di notifica.

I dubbi interpretativi sono peraltro oggi esacerbati dal bisogno di coordinamento con i recenti sviluppi normativi, e cioè con la disciplina introdotta, dapprima in via transitoria, dal 'Decreto Liquidità' ad aprile 2020, e poi traspuesta (in parte) nel regime ordinario dal 'Decreto Ucraina', convertito in legge a maggio 2022, dovuti al progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione della disciplina *golden power*, sia dal punto di vista oggettivo sia da quello soggettivo.

Restano inoltre da comprendere, in una prospettiva funzionale, il reale impatto delle recenti modifiche, che hanno ricompreso nel perimetro del con-

trollo nuove tipologie di operazioni, come gli investimenti *greenfield*, soprattutto in settori strategici, o l'affidamento di concessioni nei settori dell'energia, trasporti e comunicazioni.

Il presente elaborato è suddiviso nelle seguenti sezioni: la seconda sezione fornisce una descrizione generale dei riferimenti normativi rilevanti; nella terza sezione si passano in rassegna le tipologie di beni e attivi oggetto di garanzia rilevanti ai fini della normativa; la quarta sezione si concentra sul tema del pegno di partecipazioni societarie; nella quinta sezione si prendono in considerazione forme di garanzie atipiche; nella sesta sezione si trattano alcuni aspetti procedurali, come il momento in cui sorge l'obbligo di notifica¹ e l'individuazione del soggetto notificante; infine, nella settima sezione, si riportano alcune considerazioni conclusive.

2. Le disposizioni rilevanti per il controllo golden power su garanzie

Per esaminare l'applicabilità della disciplina del Decreto Legge n. 21 del 16 marzo 2012, convertito nella Legge n. 56 dell'11 maggio 2012, come successivamente modificato e integrato (nel proseguo "Decreto Golden Power") alla costituzione di garanzie, è anzitutto opportuno distinguere a seconda del settore interessato. La normativa prevede infatti obblighi di notifica alla Presidenza del Consiglio dei Ministri per talune operazioni che rientrano (a) nei settori strategici civili per la salvaguardia di interessi pubblici (così come definiti da apposite norme attuative) e (b) nel settore della difesa e della sicurezza nazionale².

Con riferimento ai settori strategici civili (*scil.*, diversi dalla difesa e sicurezza nazionale), sono soggetti ad obbligo di notifica, ai sensi dell'art. 2, com-

1 Nonostante il tema sul momento in cui sorge l'obbligo di notifica sia trasversale e interdipendente ad altre questioni trattate nella prima parte dell'elaborato (e in particolare nella terza, quarta e quinta sezione), si è preferito comunque trattare il tema anche in autonoma sede, per ragioni sistematiche e di chiarezza espositiva.

2 In particolare, rilevano gli attivi rientranti nei (a) settori dell'energia, telecomunicazioni e trasporti, così come definiti dal D.P.C.M. n. 180 del 23 dicembre 2020, e (b) gli altri settori strategici ex art. 4 Regolamento UE 452/2019, così come anche dettagliati dal D.P.C.M. n. 179 del 18 dicembre 2020.

ma 2, del Decreto Golden Power, le delibere, atti o operazioni adottati da imprese che detengono attivi strategici aventi *“per effetto modifiche della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi medesimi o il cambiamento della loro destinazione, comprese [...] il trasferimento dell’azienda o di rami di essa in cui siano compresi detti attivi o l’assegnazione degli stessi a titolo di garanzia”*. Rileva altresì, ai presenti fini (in particolare, per il pegno su partecipazioni societarie – *infra*, § 4), la disposizione di cui all’art. 2, comma 5, del Decreto Golden Power, in base alla quale è soggetto a notifica *“l’acquisto a qualsiasi titolo da parte di un soggetto esterno all’Unione europea di partecipazioni in società che detengono gli attivi individuati come strategici [...], di rilevanza tale da determinare l’insediamento stabile dell’acquirente in ragione dell’assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell’acquisto [...]”*.

L’obbligo di notifica in caso di acquisto di partecipazioni societarie di controllo è stato esteso anche a imprese provenienti dall’UE, in seguito all’introduzione della disciplina emergenziale da parte dell’art. 15 del Decreto Legge dell’8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40 (cd. ‘Decreto Liquidità’), la cui applicazione è stata prorogata dall’art. 17 del Decreto Legge del 30 dicembre 2021, n. 228, fino al 31 dicembre 2022. Secondo la prassi applicativa della Presidenza, il riferimento a imprese provenienti dall’UE è stato ritenuto applicabile anche agli acquirenti italiani, soprattutto al fine di evitare potenziali contrasti con le norme UE sulla libera circolazione dei capitali³. Ferma l’obbligatorietà della notifica, resta comunque

3 Cfr. R. MAGLIANO, *La Ricerca di Equilibrio tra Investimenti Esteri Diretti e Interventi Emergenziali a Tutela dell’interesse Strategico Nazionale: una Sfida per l’Unione Europea*, Diritto del Commercio Internazionale, 4, 2021, 1057 (*“Per quanto il punto non sia espressamente regolato, allo stato si ritiene che il medesimo obbligo valga anche in caso di trasferimenti in favore di soggetti italiani, in analogia con l’orientamento applicativo già affermato per i settori delle comunicazioni, dell’energia e dei trasporti, ai sensi dell’art. 2, comma 1, del D.L. 21/2012. L’efficacia dell’acquisto può essere condizionata all’assunzione da parte dell’acquirente di impegni diretti a garantire la tutela dei predetti interessi e il Governo può opporsi all’acquisto, con tutte le conseguenze che ne derivano, anche quando il controllo ivi previsto sia esercitato da un’amministrazione pubblica di uno Stato membro dell’Unione europea. Cfr. altresì DPCM del 23 dicembre 2020, n. 180, Regolamento per l’individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell’articolo 2, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56. (20G00200), in GU n. 322 del 30 dicembre 2020”*). Il tema è stato sollevato anche da A. SANDULLI, *La Febbre del Golden Power*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 3, 2022, 743.

la possibilità per la Presidenza di dichiarare l'inapplicabilità in casi specifici. Con l'art. 25 del Decreto Legge del 21 marzo 2022, n. 21 (cd. 'Decreto Ucraina' o 'Decreto Energia'), convertito con modificazioni dalla L. 20 maggio 2022, n. 51⁴, l'estensione soggettiva dell'obbligo di notifica in caso di acquisizioni societarie è stato trasposto nella disciplina ordinaria, limitatamente ad alcuni settori⁵ (con efficacia dal 1° gennaio 2023). Il Decreto Ucraina ha inoltre esplicitato l'applicazione della disciplina anche alle operazioni di acquisizione da parte di imprese italiane, limitatamente ai medesimi settori, nonostante, come detto, codificando la prassi consolidata della Presidenza. Il Decreto Liquidità aveva inoltre introdotto ulteriori obblighi di notifica per gli acquisti di partecipazioni da parte di soggetti extra-UE, qualora vengano superate determinate soglie di capitale sociale o diritti di voto (pari al pari al 10 per cento, se il valore complessivo dell'investimento è pari o superiore a un milione di euro, 15 per cento, 20 per cento, 25 per cento e 50 per cento). Anche questi obblighi sono stati riversati nella disciplina ordinaria ad opera del Decreto Ucraina.

Riguardo al settore della difesa e della sicurezza nazionale, in base alla previgente versione dell'art. 1, comma 1, lett. b) del Decreto Golden Power, erano soggette ad obbligo di notifica le delibere, atti e operazioni aventi ad oggetto *"le cessioni di diritti reali o di utilizzo relative a beni materiali o immateriali o l'assunzione di vincoli che ne condizionino l'impiego"*. A seguito delle integrazioni al Decreto Golden Power apportate dal Decreto Ucraina, la norma sugli obblighi di notifica applicabile alle garanzie nel settore della difesa e sicurezza nazionale è oggi pressoché identica a quella riportata per i settori civili. L'art. 24, lett. a) del Decreto Ucraina ha infatti integrato l'elenco delle operazioni notificabili *ex*

4 A seguito del Decreto Ucraina, è stato adottato il DPCM del 2 agosto 2022, recante un nuovo regolamento in materia di poteri speciali, che ha previsto, tra l'altro, misure di semplificazione, rafforzando le attività di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri. Per una più ampia disamina delle norme introdotte con il recente intervento legislativo, si veda F. Pre-nestini, *Golden power: una tela di Penelope?*, Rivista delle Società, 2-3, 2022, 667.

5 Si tratta dei settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario, ivi incluso quello creditizio e assicurativo.

art. 1 lett. b) del Decreto Golden Power, menzionando espressamente anche *“l’assegnazione [di beni materiali e immateriali] a titolo di garanzia”*.

Prima dell’allineamento delle discipline sancito dal Decreto Ucraina, era sorto qualche dubbio in merito alla rilevanza delle garanzie in relazione ad operazioni nel settore della difesa e della sicurezza nazionale, riferendosi la previgente norma genericamente a *vincoli*, mentre l’art. 2 del Decreto Golden Power già parlava specificatamente di *garanzia*. Tale dubbio, già poco giustificato in un’ottica sistematica, è stato comunque spazzato via dall’intervento normativo, sicché nel prosieguo del presente scritto si farà principalmente riferimento alle disposizioni relative ai settori *ex art. 2* del Decreto Golden Power (salvo ove diversamente specificato), valendo *mutatis mutandis* le medesime considerazioni anche per il settore della difesa e sicurezza nazionale. Per quanto riguarda il pegno su partecipazioni in società attive nel settore della difesa e della sicurezza nazionale, l’art. 1, comma 1, lett. a) e c), Decreto Golden Power, in sostanziale analogia con la normativa nei settori civili, stabilisce un obbligo di notifica per l’*“acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica”*. Inoltre, secondo l’art. 1, comma 5, del Decreto Golden Power, rientrano nell’ambito della disciplina gli acquisiti di partecipazioni societarie che comportino il superamento di determinate soglie di capitale sociale (differenti a seconda che si tratti di società quotate o meno). Anche da questo punto di vista, dunque, le norme sulle garanzie nel settore della difesa e sicurezza nazionale possono essere esaminate unitamente a quelle degli altri settori.

3. L’oggetto delle garanzie su beni e attivi rilevanti ai fini golden power

Come visto, la costituzione di garanzie rileva sia nel settore della difesa e della sicurezza nazionale sia negli altri settori strategici in virtù dell’attuale formulazione del Decreto Golden Power.⁶

⁶ L’allineamento tra discipline è stato correttamente evidenziato anche da A. SANDULLI, *La Febbre del Golden Power*, 743.

Si ritengono tuttavia generalmente escluse da obblighi di notifica *golden power* le garanzie personali, in quanto non insistono su *beni materiali/immateriali* o *attivi*. Si tratta, per esempio, del caso in cui un'impresa che detiene attivi strategici conceda una fideiussione (per esempio, a favore di una sua controllata), cosicché tutto il patrimonio del fideiussore diviene garanzia generica per le obbligazioni assunte dal creditore garantito. In tale scenario, la vicenda fideiussoria potrebbe tutt'al più rilevare ai fini *golden power* in caso di eventuale escussione della fideiussione, e in particolare qualora questa comporti l'esecuzione forzata, con conseguente vendita degli attivi strategici, assoggettabile a notifica in quanto tale (al verificarsi, beninteso, di tutti gli altri requisiti rilevanti).

Il campo di applicazione della normativa *golden power* è quindi, in linea di principio, delimitabile alle garanzie reali, e in particolare a pegno e ipoteca, nonché ai contratti atipici con funzione di garanzia, come si dirà in seguito. Pare meno rilevante ai presenti fini il privilegio, non trattandosi di garanzia di fonte pattizia.

Un primo interrogativo da affrontare riguarda l'esatto oggetto della garanzia, posto che l'art. 2, comma 2, del Decreto Golden Power prevede la notifica per il trasferimento *"dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi detti attivi o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia"*. Da un punto di vista puramente sintattico, il pronome *stessi* potrebbe riferirsi tanto a 'rami d'azienda' quanto a singoli 'attivi'⁷. Secondo l'opinione prevalente⁸, la norma si riferisce ai singoli beni

⁷ Si ricorda che ai sensi dell'art. 2555 c.c., *"l'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa"*.

⁸ Cfr. V. DONATIVI, *Golden Power, profili di diritto societario*, Giappichelli, 2019, 202 (*"L'espressione 'degli stessi' è chiaramente da riferire a 'detti attivi', e, dunque, agli 'attivi individuati ai sensi del comma 1 o 1-ter'. La medesima espressione, per vero, potrebbe riferirsi anche ad aziende o rami d'azienda, ma nulla muterebbe, in quanto anche aziende e rami d'azienda verrebbero in considerazione a condizione che al loro interno siano ricompresi quegli attivi"*).

Si veda anche la prassi decisionale della Presidenza: per esempio, la notifica Interconnector Energy Italia /Monita Interconnector, riguardante l'assegnazione in garanzia di attivi strategici per la realizzazione dell'infrastruttura di interconnessione Italia-Montenegro, ai fini del perfezionamento e dell'erogazione di un finanziamento finalizzato a consentire l'acquisizione del capitale sociale di Monita da parte di Interconnector Energy Italia. L'operazione di finanziamento trae origine dalla realizzazione, da parte della società Terna, di una infrastruttura di interconnessione energetica tra l'Italia e il Montenegro. In tale caso, con delibera del Consiglio dei mini-

strategici, quantomeno per tre ordini di ragioni. In primo luogo, deve prediligersi anche in questo caso una lettura sistematica, valorizzando quindi la simmetria con quanto previsto dall'art. 1 del Decreto Golden Power, il quale fa inequivocabilmente riferimento ai singoli *beni* dati in garanzia, e non a rami d'azienda. In secondo luogo, in chiave teleologica, è verosimile che il legislatore abbia voluto catturare le operazioni di costituzione di garanzie su attivi strategici, a prescindere dalla circostanza che questi siano parte di un più ampio compendio civilisticamente definibile come 'azienda'. D'altra parte, le vicende proprietarie o della disponibilità di tali beni potrebbero essere astrattamente sufficienti ad impattare sugli interessi pubblici tutelati dalla normativa *golden power*. In terzo luogo, il concetto di 'azienda' o 'ramo d'azienda', rilevante ai fini della disciplina *golden power*, potrebbe comunque doversi interpretare estensivamente e in chiave sostanzialistica⁹, nel senso che anche un singolo attivo (o un insieme di attivi) potrebbe di per sé configurare un ramo d'azienda. In altre parole, nel contesto della disciplina *golden power*, si potrebbe abbandonare la tradizionale categoria civilistica di ramo d'azienda, che verrebbe ad assumere una valenza autonoma, in coerenza con i fini ultimi dell'apparato normativo in cui è inserita. Pertanto, dal momento in cui il concetto di ramo d'azienda rilevante ai fini *golden power* acquisisce una duttilità tale da potersi identificare, in determinate circostanze, con il singolo attivo, il dubbio interpretativo poc'anzi sollevato finisce per perdere ogni rilevanza pratica.

Diversa questione riguarda la natura degli attivi che possono astrattamente comportare l'obbligo di notifica: gli articoli 1 e 2 del Decreto Golden Power sembrano infatti contenere disposizioni parzialmente divergenti su questo

stri 12 dicembre 2019, è stato disposto il non esercizio dei poteri speciali. Cfr. anche notifica Italgas Storage, riguardante un'operazione di cessione di un pacchetto di garanzie reali sui propri attivi strategici, nell'ambito di un'operazione di *project financing*, al fine di realizzare un impianto di stoccaggio di gas naturale nel giacimento sotterraneo di Cornegliano Laudense (LO), in cui, con delibera del 23 dicembre 2015, il Consiglio dei Ministri ha disposto il non esercizio dei poteri speciali.

⁹ Cfr. V. DONATIVI, *Golden power*, 194-195.

aspetto. L'art. 1 qualifica come strategica l'*attività* dell'impresa, sicché parrebbe notificabile anche la costituzione di garanzia su un bene, di per sé non strategico, detenuto da un'impresa attiva nel settore della difesa e della sicurezza nazionale. L'art. 2, invece, come menzionato sopra, fa specificatamente riferimento alle garanzie su *attivi strategici*. Quindi, nei settori strategici civili, seguendo la lettera della norma, l'obbligo di notifica dovrebbe dipendere esclusivamente dalla 'strategicità' del singolo *asset* (o dei singoli *asset*) oggetto di garanzia, con la conseguenza di limitare le fattispecie notificabili.

In senso opposto, non risultando precedenti rilevanti della Presidenza del Consiglio dei Ministri sulla questione in esame, si potrebbe prediligere un'interpretazione funzionale della norma, certamente più cautelativa. Secondo tale interpretazione, la costituzione di garanzie su *asset* di per sé non strategici ma appartenenti a un'impresa impegnata in attività strategiche potrebbe comunque rientrare nel perimetro *golden power ex art. 2*, quanto meno se le operazioni di cui la costituzione di garanzie consente la realizzazione possono incidere sul corretto funzionamento delle imprese stesse; vi è infatti, in tali casi, un interesse pubblico ad esaminare le operazioni, a prescindere dalle caratteristiche intrinseche degli attivi concessi in garanzia. Verrebbe così ad attenuarsi la differenza di trattamento tra i settori militari e civili, favorendo la coerenza complessiva del sistema di controllo e prevenendo peraltro possibili obiezioni di costituzionalità qualora una troppo marcata differenza di trattamento fosse ritenuta non giustificabile.

In sintesi, in base a un'interpretazione costituzionalmente orientata e al contempo rispettosa della lettera della norma, l'art. 2 del Decreto Golden Power potrebbe essere letto nel senso che vige un obbligo di notifica delle garanzie su attivi di per sé non strategici, qualora (i) l'attività dell'impresa titolare degli stessi sia qualificabile come strategica, alla luce delle fattispecie elencate nei decreti attuativi, e (ii) gli attivi oggetto di garanzia rivestano una particolare rilevanza per il corretto funzionamento del *business* dell'impresa debitrice (si pensi,

ad esempio, ad un bene immobile in cui l'impresa ha la propria sede produttiva o uffici, che, sebbene di per sé possa non essere strategico, in quanto astrattamente fungibile, potrebbe risultare, per la natura dell'attività, fondamentale per la prosecuzione dell'attività dell'impresa, oppure difficilmente sostituibile entro tempi ragionevoli).

4. Il pegno su partecipazioni in società attive in settori strategici o titolari di attivi strategici

Come visto, la disciplina *golden power* prevede un espresso riferimento a garanzie su beni e attivi strategici, mentre non menziona espressamente le garanzie su azioni o quote societarie. Tuttavia, in base a consolidata prassi applicativa e a numerosi contributi dottrinali¹⁰, si ritengono per lo più notificabili anche la costituzione di pegno su partecipazioni o strumenti finanziari rappresentativi del capitale di società titolari di attivi strategici, con le precisazioni e limitazioni riportate di seguito. Si nota sin d'ora che, dal punto di vista pratico, la questione d'individuare con sufficiente certezza il regime applicabile alle garanzie costituite su azioni si pone assai di frequente, soprattutto in molte operazioni di *project financing*.

Nell'affrontare questa spinosa questione è in primo luogo opportuno distinguere tra (i) il pegno su partecipazioni con diritti di voto trasferiti al creditore pignoratizio ex art. 2352 c.c. e (ii) il pegno su partecipazioni in cui i diritti di voto restano in capo al socio, in deroga a quanto previsto dalla menzionata disposizione codicistica.

Il primo scenario è pacificamente compreso nella sfera di applicazione dell'art. 2, comma 5, del Decreto Golden Power, in base al quale è configurabi-

10 Cfr. *ex multis*, nella prassi applicativa, delibera del Consiglio dei Ministri del 27 settembre 2018 nel procedimento riguardante la notifica della costituzione di garanzie su azioni di Open Fiber S.p.a. (descritta nel proseguito); in dottrina, A. TRISCORNIA, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, Riv Soc., 2019, 760; V. Donativi, *Golden Power, profili di diritto societario*, 55; F. RIGANTI, *I Golden Powers Italiani Tra «Vecchie» Privatizzazioni e «Nuova» Disciplina Emergenziale*, Le Nuovi Leggi Civili Commentate, Cedam, 4/2020, 890.

le un obbligo di notifica in caso di acquisito *a qualsiasi titolo* di una partecipazione societaria che comporti un cambio di controllo. La norma non fa infatti riferimento soltanto a trasferimenti di proprietà delle partecipazioni in senso stretto, ma accoglie un'accezione sufficientemente ampia di trasferimento, tale da potervi ricondurre anche le garanzie¹¹. D'altra parte, in questo caso, il creditore pignoratizio, tramite la possibilità di esercitare il diritto di voto, assume poteri assimilabili a quelli di un socio e poco rileva che tale diritto sia effettivamente esercitato.

Nel presente scenario (cioè trasferimento dei diritti di voto al creditore pignoratizio), la notificabilità del pegno su partecipazioni si presenta in modo diverso in funzione delle azioni/quote oggetto di garanzia e del profilo soggettivo. Per esempio, qualora il pegno abbia ad oggetto un pacchetto di partecipazioni di maggioranza o totalitario (che comporta quindi un cambio di controllo), l'obbligo di notifica sorge qualora il creditore sia un soggetto esterno all'UE, e, in caso di imprese attive nei settori previsti dal Decreto Ucraina, anche se il creditore è un'impresa euro-unitaria. Invece, nel caso in cui il pegno - sempre nell'ipotesi di trasferimento dei diritti di voto al creditore pignoratizio -

11 F. RIGANTI, *I Golden Powers*, 890, 891 ("Sempre con riferimento al piano interpretativo, vi è poi da notare la scelta terminologica di utilizzare una locuzione estremamente estensiva - «acquisto a qualsiasi titolo» - alla quale, talvolta, è finanche preferito il termine a-tecnico, diverso ma in questo caso forse ritenuto sinonimo, di «acquisizione». Tale opzione stilistica comporta, come è ovvio, taluni problemi di natura ermeneutica che paiono doversi risolvere, nuovamente al fine di tutelare l'interesse superiore protetto dalla norma, nel senso di favorire «quelle soluzioni (...) che, nel dubbio, estendano, invece che restringere, il campo applicativo delle norme in questione, tutte le volte che la ratio legis giustifichi tale sforzo espansivo e non ricorrano ragioni che ostino a tale estensione (...)). Estensione, quella che precede, comprensibile e condivisibile sotto un punto di vista teorico, ma di sicuro problematica a livello operativo in quanto comportante un indice di imprecisione della materia e un possibile (e non meglio circostanziabile) sconfinamento della disciplina in questione anche in dinamiche che alla stessa dovrebbero forse rimanere estranee. In ogni caso, ragionando con la mente protesa al fine che la legge intende realizzare, parrebbe dunque doversi affermare che la vicenda traslativa oggetto di interesse in materia golden powers debba pur sempre ricomprendere sia i trasferimenti della titolarità (onerosi o gratuiti, inter vivos o mortis causa), sia quelli effettuati a titolo di conferimento in natura in società per la sottoscrizione di nuove azioni o di apporto (sempre in natura) in conto capitale o a fondo perduto o a fronte della sottoscrizione di strumenti finanziari partecipativi. Il tutto, passando attraverso ad altre ipotesi più (conversione di obbligazioni o strumenti finanziari in azioni od operazioni societarie straordinarie) o meno (raccolta di deleghe e diritti reali parziali di godimento) chiare, e facilmente operabili"). Cfr. anche, sull'ampiezza della nozione di acquisto di partecipazioni ai sensi del Decreto golden power, V. DONATIVI, *Golden Power, profili di diritto societario*, 55-56.

abbia ad oggetto una partecipazione di minoranza, inidonea di per sé a comportare un cambio di controllo (per esempio, la costituzione di pegno su azioni che costituiscono il 7% del capitale sociale di una S.p.A. che svolge attività strategicamente rilevanti), si potrebbe in astratto escludere un obbligo di notifica, in quanto il creditore pignoratizio non sarebbe comunque in grado di esercitare alcuna influenza dominante sulla società, tramite l'esercizio del diritto di voto: si tratterebbe dunque di una fattispecie assimilabile all'acquisto di una partecipazione di minoranza. Tuttavia, qualora il pegno sia costituito su partecipazioni di minoranza che superano le soglie di capitale sociale di cui all'art. 15 del Decreto Liquidità, poi riprese dal Decreto Ucraina, richiamate *supra* (i.e. 10%, 15%, 20%, 25% e 50%), e il creditore pignoratizio sia un soggetto extra-UE, si potrebbe ritenere configurabile un obbligo di notifica in via interpretativa. Ciò in quanto il creditore, grazie alle partecipazioni ricevute in pegno, acquisisce diritti di voto proporzionali alle partecipazioni, analogamente ad un socio.

Riguardo al secondo scenario (i.e. il pegno su partecipazioni in cui le parti decidono di lasciare i diritti di voto in capo al socio), più frequente del primo nelle operazioni di *project financing*, un'interpretazione aderente alla lettera della norma porterebbe a escludere un obbligo di notifica. Infatti, da una parte, il comma 2 dell'art. 2 del Decreto Golden Power fa riferimento a garanzie su *attività*, dall'altra, il comma 5 dell'art. 2 riguarda i trasferimenti di partecipazioni societarie che “*determinano l'insediamento stabile dell'acquirente*” nel governo della società, in particolare “*in ragione dell'assunzione del controllo*”. Sicché un trasferimento di partecipazioni a fini di garanzia che non comporti modifiche nell'assetto di controllo di una società strategica non dovrebbe a rigore rilevare in una prospettiva di controllo degli investimenti esteri. Secondo un'interpretazione letterale, dunque, si ritiene generalmente che il pegno su partecipazioni in cui i diritti di voto restano in capo al socio sia estraneo alla disciplina *golden power*, salvo che non siano previste pattuizioni che abbiano conseguenze sulla struttura pro-

prietaria dell'impresa¹². Si tratta inoltre di una lettura rispettosa del principio di legalità pacificamente applicabile ai poteri *golden power*, in linea con la recente giurisprudenza amministrativa¹³. Pertanto, come rilevato anche da altri autori, seguendo la *ratio* della norma, il pegno su partecipazioni dovrebbe avere rilevanza per il *golden power* solo qualora il creditore ottenga dei diritti di voto¹⁴.

Il pegno sarà *a fortiori* da ritenere irrilevante se concerne un pacchetto di partecipazioni di minoranza, a prescindere dal raggiungimento delle menzionate soglie di rilevanza (sia nel caso di creditori pignoratizi europei che extra-UE), atteso che non si verificherebbe alcuna modifica di *governance* nella società mutualitaria ritenuta rilevante dalla normativa *golden power*.

Nonostante quanto precede, deve prendersi atto della circostanza che la Presidenza del Consiglio dei Ministri non sempre esclude chiaramente l'applicabilità delle regole *golden power* ai pegni su azioni senza trasferimento dei diritti

12 Cfr. A. TRISCORNIA, *Golden power*, 761 (“Nei casi — che per un dato di comune esperienza rappresentano la normalità nelle operazioni di finanza strutturata — in cui il proprietario delle azioni conservi il diritto di voto sino a quando non si verifichi un inadempimento agli obblighi del finanziamento garantito dal pegno, non vi sarebbe invece ragione alcuna di equiparare la concessione del pegno ad una «acquisizione di una partecipazione nell'impresa» ai fini della normativa *golden power*. La convenzione contraria ex art. 2352 cod. civ. consente infatti di mantenere inalterato, almeno sino al verificarsi di un inadempimento da cui possa discendere il trasferimento del diritto di voto a beneficio del creditore pignoratizio, l'assetto di potere nella società, posto che, laddove le parti abbiano così pattuito, non solo il diritto di voto ma anche gli altri diritti amministrativi che competono alle azioni date a pegno permangono in capo al proprietario, senza che il creditore pignoratizio possa influire sul loro esercizio (se non, in taluni limitati casi, qualora, come di frequente accade nella prassi, l'atto di pegno preveda il necessario coinvolgimento del creditore pignoratizio su eventuali decisioni di assemblea straordinaria suscettibili di incidere sul valore della cosa data in pegno; ma, per l'appunto, in un'ottica di protezione del credito e non certo per volontà di influire sulla governance societaria)”).

13 Cfr. Sentenza del TAR Lazio n. 8742 del 24 luglio 2020; Sentenza del TAR Lazio n.4488 del 13 aprile 2022 (“Passando alle censure riguardanti l'assenza dei presupposti per applicare la disciplina del “golden power”, si rammenta che questa Sezione ha già avuto modo di chiarire che l'esercizio dei poteri speciali ex d.l. n.21/2012, ponendo delle limitazioni ai principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali, deve trovare la sua giustificazione nel perseguimento del fine legislativo di consentire l'intervento statale qualora l'operazione societaria possa compromettere gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale, avuto riguardo all'incidenza su beni considerati di rilevanza strategica; per tale motivo, è escluso che l'esercizio dei poteri possa riguardare operazioni diverse da quelle previste dalla legge ovvero asset non individuati tra quelli “strategici”). Per un breve commento della sentenza, si veda M. CLARICH, G. MARRA, *Golden power: il Giudice conferma il potere dello Stato*, 27 Aprile 2022, <https://www.diritto-bancario.it/art/golden-power-il-giudice-conferma-il-potere-dello-stato/>.

14 Cfr. A. TRISCORNIA, *Golden power*, 760-761 (“In una lettura della norma coerente con la *ratio legis* il pegno dovrebbe infatti rilevare, ai fini della notifica e, conseguentemente, dell'attivazione dei poteri speciali, soltanto nel caso in cui il creditore pignoratizio disponesse del diritto di voto (come prevede di default l'articolo 2352 cod. civ., che tuttavia legittima la scelta opposta per convenzione inter partes) [...]”).

di voto per carenza del requisito funzionale (*scil.*, per la tipologia stessa dell'operazione), come sarebbe invece logico. Un esempio, non isolato, è dato dal procedimento riguardante la notifica della costituzione di garanzie reali su azioni proprie di Open Fiber S.p.a.: nel contesto dell'incremento di linee capitale di alcuni finanziamenti, con delibera del 27 settembre 2018, il Consiglio dei Ministri ha disposto il non esercizio dei poteri speciali (e non l'inapplicabilità della normativa), raccomandando alla società ed ai suoi soci la notifica preventiva dell'eventuale escussione delle garanzie¹⁵, con ciò naturalmente avvalorando l'ipotesi che anche la costituzione, e non solo l'escussione, del pegno sia un'operazione soggetta a controllo.

In assenza di una motivazione dettagliata del provvedimento, non è possibile stabilire se si sia trattato di una soluzione realmente meditata. Ragionando in astratto, non è certo agevole per l'interprete individuare l'appiglio normativo che può aver indotto la Presidenza del Consiglio dei Ministri a prediligere questa soluzione. Si può forse ipotizzare che la Presidenza abbia voluto argomentare in via analogica, ritenendo che vi sia un interesse pubblico al controllo delle garanzie su partecipazioni come avviene per le garanzie su *asset*, espressamente ricomprese nel perimetro della normativa, dato che anche in questo secondo caso non necessariamente il controllo o la disponibilità del bene strategico in questione vengono trasferite al creditore pignoratizio. Si tratterebbe d'altra parte, nei fatti, più di un'informativa alla Presidenza che di una vera e propria notifica per l'ottenimento di un'autorizzazione, atteso che, anche a prescindere dall'identità del creditore, si fatica a comprendere quali sarebbero i potenziali pregiudizi a interessi pubblici, a meno che la garanzia preveda meccanismi automatici di assegnazione delle partecipazioni al creditore, al ricorrere di determinate condizioni (su questo punto si veda *infra* § 6).

15 Cfr. Relazione al Parlamento sull'esercizio dei poteri speciali per l'anno 2018. Il procedimento relativo alla notifica riguardante l'escussione della garanzia si è concluso con il provvedimento del 10 dicembre 2020, di non esercizio dei poteri speciali. Cfr. anche V. DONATIVI, *Golden Power, Profili di diritto societario*, 56.

Osserviamo infine che, se dovesse consolidarsi una prassi applicativa favorevole alla notifica della costituzione del pegno su azioni, si tratterebbe di una soluzione in controtendenza rispetto a quanto accade in altri ordinamenti europei dotati di una normativa sul controllo degli investimenti stranieri e forse di un *unicum* nel panorama euro-unitario. In molti Stati membri, infatti, gli obblighi di notifica dipendono sostanzialmente dal cambio di controllo su una società strategica, a prescindere dal modo con il quale si giunge a tale risultato; anche il pegno di partecipazioni societarie rileva, quindi, solo qualora comporti una modifica nella struttura di controllo. Norme sostanzialmente simili vigono negli Stati Uniti (sulle quali si veda *infra* § 6) o nel Regno Unito. In tutti questi ordinamenti, se una garanzia non ha effetti sui diritti di voto o sulla nomina degli amministratori di una società che detiene attivi strategici, non si ritiene necessario assoggettarla al controllo dell'autorità investita dei poteri di *screening* degli investimenti.

5. Altre tipologie di garanzie rilevanti secondo la disciplina golden power

Il termine 'garanzia' utilizzato dall'art. 1 e 2 del Decreto Golden Power è privo di specificazioni e quindi ampio. Esso sembra pertanto ricomprendere anche forme di garanzie atipiche¹⁶.

Si pensi, innanzitutto, ad accordi negoziali con funzione di garanzia, che potrebbero non configurare un diritto reale in capo al creditore. In questi casi, due opzioni interpretative sembrano plausibili: (a) secondo un'interpretazione fedele alla lettera della norma, che non distingue tra tipologie di garanzie, le garanzie atipiche su attivi strategici sono sempre e comunque notificabili; (b) se-

16 Cfr. V. DONATIVI, *Golden Power, profili di diritto societario*, 204 ("[...] Nessuna difficoltà invece pone l'espressione "a titolo di garanzia", da intendere come comprensiva non solo del pegno, ma anche di qualsivoglia ipotesi di negozio e di "assegnazione" che svolgano, formalmente o sostanzialmente, una qualche funzione di garanzia, incluse quindi le ipotesi di garanzie atipiche, patto marciano, e così via"). Per il previgente testo dell'art. 1, sembrava valere, a maggior ragione, il medesimo ragionamento, in quanto la norma parlava genericamente di 'vincoli'.

condo un'interpretazione più pragmatica e ispirata alla *ratio legis* della norma, le garanzie atipiche sono notificabili solo se comportano un vincolo in concreto nell'utilizzo o nella disponibilità di beni strategici. In questo senso, alcuni autori che propendono per la seconda soluzione ritengono che il discrimine tra operazioni rilevanti e non sia dato dall'esistenza di eventuali condizionamenti che il creditore possa imporre nell'utilizzo dei beni, ad esempio per salvaguardare il valore di determinati attivi presenti nel patrimonio del debitore¹⁷. Solo in tali casi, gli accordi con funzioni di garanzia sarebbero da sottoporre al controllo delle autorità preposte.

Un'altra ipotesi atipica riguarda forme di garanzie che, sebbene non insistano su beni *strictu sensu*, possono comunque avere ricadute potenziali sulle attività di un'impresa strategica. Si pensi, per esempio, al pegno su conti correnti, fattispecie peraltro ricorrente nelle operazioni di finanza strutturata e che si ha tendenza a considerare irrilevante per la normativa Golden Power. Si può sollevare però il dubbio, anche alla luce della prassi decisionale della Presidenza, che si debba intendere il termine 'attivi' in senso molto ampio, come illustrato *supra* (sub § 3), comprensivo anche di determinati rapporti giuridici, come il conto corrente¹⁸, qualora questi siano necessari all'ordinario esercizio dell'attività. Non v'è dubbio, infatti, che la possibilità per il creditore pignoratizio di disporre del conto corrente potrebbe avere gravi conseguenze sull'operatività dell'impresa.

17 Cfr. V. DONATIVI, *Golden Power, profili di diritto societario*, 211, secondo il quale "Anche l'espressione "l'assunzione di vincoli che ne condizionano l'impiego" è da intendere in senso ampio, come comprensiva sia del diritto di pegno (che peraltro sarebbe già compreso nei "diritti reali"), sia di qualunque altra tipologia contrattuale che rechi con sé dei vincoli per i quali l'impresa subisca dei condizionamenti nell'utilizzo di quei beni o, ancora, di qualunque clausola di pari portata inserita in contratti pur aventi causa o oggetto diversi (come potrebbe accadere nel caso di una pattuizione inserita in un contratto di finanziamento complesso, nel quale le banche finanziatrici impongano vincoli a garanzia della conservazione del valore di quei beni, sul presupposto che gli stessi siano parte sostanziale della garanzia patrimoniale del soggetto destinatario del finanziamento)".

18 Si ricorda che, ai sensi dell'art. 1823 c.c., il conto corrente è un "contratto col quale le parti si obbligano ad annotare in un conto i crediti derivanti da reciproche rimesse, considerandoli inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto. Il saldo del conto è esigibile alla scadenza stabilita. Se non è richiesto il pagamento, il saldo si considera quale prima rimessa di un nuovo conto e il contratto s'intende rinnovato a tempo indeterminato".

Analogamente, potrebbe rilevare anche la stipula di contratti di cessione di crediti in garanzia, in quanto il blocco di determinate linee di credito può avere conseguenze significative sulla prosecuzione delle attività. Per esempio, un'impresa concessionaria di un servizio pubblico potrebbe essere fortemente dipendente, dal punto di vista finanziario, dal gettito proveniente dallo Stato, sicché la concessione del relativo credito in garanzia potrebbe condizionarne la stabilità.

Non si deve nascondere tuttavia che tali esercizi ermeneutici, se da un lato possono essere giustificati in un'ottica cautelativa, dall'altro rischiano di collidere con il principio di legalità. Secondo un orientamento giurisprudenziale, infatti, *“è escluso che l'esercizio dei poteri possa riguardare operazioni diverse da quelle previste dalla legge”*¹⁹. Pare infatti che l'estensione dell'obbligo di notifica a pegno su conto correnti o cessioni di crediti in garanzia non sia frutto di un'interpretazione estensiva, ma piuttosto di un'analogia *juris*, in quanto non consiste nella mera estensione del significato delle parole della norma oltre l'uso cui sono normalmente destinate, ma di fatto comporta l'applicazione della disciplina *golden power* a un caso non espressamente regolato, sulla base del riscontro di aspetti comuni alle fattispecie previste dalla normativa.

Si deve anche sottolineare che, in pratica, solo raramente la questione teorica sopra discussa è davvero rilevante perché nella maggior parte delle operazioni di finanza strutturata le garanzie sono numerose e tra loro collegate. Pertanto, l'esistenza di un obbligo di notifica per una sola di esse finisce per assorbire eventuali questioni sulla notificabilità delle altre garanzie, sicché il contratto di garanzia viene correttamente sottoposto al vaglio alla Presidenza nel suo insieme, in ossequio al principio di piena trasparenza nei confronti delle autorità.

6. Aspetti procedurali: il momento in cui sorge l'obbligo di notifica golden power e il soggetto notificante

19 Cfr. Sentenza del TAR Lazio n. 4488 del 13 aprile 2022.

Una volta stabilito che una garanzia rientra nel novero delle operazioni notificabili, si pone il problema di determinare l'evento che fa scattare l'obbligo di notifica e quindi il momento in cui procedere all'adempimento: se sin dalla costituzione della garanzia o addirittura della firma del contratto che la prevede, oppure solo al momento e nell'eventualità dell'escussione.

In base all'interpretazione ampiamente prevalente, si considera rilevante il momento della costituzione della garanzia, concetto molto più vicino alla lettera della norma, che parla di *assegnazione* di beni in garanzia. Ritenere, al contrario, che l'*assunzione di vincoli* e l'*assegnazione* di beni in garanzia sia notificabile solo al momento dell'eventuale escussione (*rectius* vendita/assegnazione) significherebbe notificarla in circostanze nelle quali potrebbe essere già previsto uno specifico e distinto obbligo di notifica (per esempio, trasferimento di ramo d'azienda), finendo per svuotare di significato concreto la norma sulle garanzie. Naturalmente, quando la costituzione della garanzia non è notificabile per ragioni funzionali (ad esempio, nella maggior parte dei casi di pegno su azioni, come sopra discusso), nulla impedisce che si debba separatamente valutare la necessità di una notifica al momento dell'eventuale escussione. Quest'ultima, infatti, va sempre valutata nel momento in cui si verifica, per stabilire se i criteri che fanno scattare l'obbligo di notifica siano soddisfatti in quel momento, alla luce delle conseguenze dell'escussione sull'attivo o sull'attività strategica, della nazionalità del creditore e di tutte le altre circostanze rilevanti.

L'impostazione qui suggerita è da preferirsi, per le ragioni sistematiche appena illustrate, a un'interpretazione in chiave sostanzialistica secondo la quale rileverebbe, ai fini *golden power*, soltanto l'eventuale escussione, momento in cui si realizza la modifica della proprietà, titolarità o disponibilità dei beni oggetto di garanzia, perché la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha interesse ad esercitare il controllo solo su operazioni che comportano qualche forma di cambiamento negli assetti proprietari, o quantomeno nella sfera di influenza concreta di attività strategiche. Questa interpretazione finisce per confondere la defini-

zione della sfera di applicabilità della normativa e la rilevanza dell'operazione ai fini dell'eventuale esercizio dei poteri speciali: questioni da tenere scrupolosamente distinte in tutti i casi in cui la normativa sottoponga determinate iniziative delle imprese nella loro autonomia contrattuale al nulla osta della pubblica autorità.

Nella prassi, come accennato, si è anche posta la questione della notificabilità del contratto che prevede le garanzie, in una fase dunque anteriore alla loro costituzione. Le parti potrebbero infatti avere interesse ad ottenere una pronuncia dell'autorità già prima di costituire la garanzia, in modo che questa acquisti efficacia *ex nunc*, evitando di doverla assoggettare a condizione sospensiva legata all'ottenimento dell'autorizzazione *golden power* (sui termini della notifica e delle sue conseguenze sul piano civilistico, si veda *infra* al termine di questa sezione). La notifica dell'accordo, benché non si ritenga un atto dovuto (la notifica della successiva costituzione non sarebbe quindi in nessun caso da considerare tardiva) sembra poter rientrare nella summenzionata ampia formulazione della norma, sicché, qualora sussistano gli altri requisiti sul piano oggettivo e soggettivo, la Presidenza potrebbe effettivamente valutare la fattispecie nel merito già al momento della firma dell'accordo, anziché limitarsi ad adottare un provvedimento d'inapplicabilità.

Nel caso di pegno su partecipazioni societarie con diritti di voto in capo al socio, come ampiamente illustrato *supra* (§ 4), l'obbligo di notifica non sorge al momento della costituzione, facendo difetto il requisito funzionale, ma solo con l'eventuale escussione della garanzia (*i.e.*, al momento del passaggio dei diritti amministrativi in capo a quest'ultimo). D'altra parte, quando sorge la garanzia, è ancora incerto il requisito soggettivo dato che l'escussione del pegno comporta in ultima istanza la vendita esecutiva delle partecipazioni a terzi. Al momento della costituzione della garanzia l'identità dell'avente causa non è quindi nota, mentre quella del creditore pignoratizio è nota ma di fatto irrilevante. D'altra parte, secondo l'art. 505 del codice di procedura civile, l'assegna-

zione del bene al creditore può essere effettuata solo in casi particolari su richiesta di quest'ultimo (diverso il caso in cui sia prevista pattiziamente, come si dirà a breve).

Come rilevato da alcuni autori, la soluzione indicata è sostanzialmente analoga alla consolidata prassi d'oltreoceano, dove si ritengono le operazioni di finanziamento generalmente escluse dall'applicazione della disciplina del *Committee on Foreign Investment in the United States* (cd. 'CFIUS'), a meno che l'operatore straniero acquisisca diritti di *governance* nella società debitrice, come, ad esempio, il diritto di nominare degli amministratori o la facoltà di esercitare diritti patrimoniali o amministrativi nella società²⁰.

Tuttavia, poiché, in riferimento a questa tematica non è rinvenibile un orientamento decisionale univoco da parte della Presidenza, nella prassi degli affari alcuni operatori internazionali, pur in assenza di un obbligo *strictu iure*, preferiscono anticipare la notifica al momento della costituzione del pegno su azioni, seguendo un approccio cautelativo. In tal caso il creditore, solitamente tramite una notifica prudenziale con cui rileva l'inapplicabilità della normativa, mira a tutelare la propria posizione, neutralizzando il rischio d'inefficacia della garanzia ai sensi dell'art. 2, comma 4, del Decreto Golden Power. Anche per

20 Cfr. A. TRISCORNIA, *Golden Power*, 761, in base al quale *“Egualemente, i meccanismi di escussione del pegno, per come disegnati dal codice civile, assicurano che, anche laddove il creditore pignoratizio volesse chiedere l'assegnazione della cosa data in pegno, non vi sarebbe comunque alcun automatismo, sicché ben si potrebbe procedere alla notifica ai sensi del Decreto Golden Power solo nel momento in cui si verificasse, ad esito dell'escussione, il trasferimento della proprietà (al creditore pignoratizio in caso di assegnazione, ma parimenti nell'ipotesi di escussione con cessione a terzi). Soluzione questa che, ad esempio, è espressamente accolta nella disciplina USA, secondo una linea interpretativa che mi pare esportabile tel quel anche nel nostro ordinamento: «a lending transaction generally is exempt from CFIUS review because it is not considered a transaction except where the foreign person acquires economic or governance rights in the U.S. business characteristic of an equity investment, but not a loan. Absent such a finding, typical loan covenants giving the lender negative rights over certain decisions of the borrower do not implicate CFIUS jurisdiction. However, a loan or other financing arrangement whereby the lender acquires an interest in profits, a right to appoint directors or other financial or governance rights characteristic of equity investments may constitute a covered transaction potentially subject to review. Furthermore, a secured lending transaction may create a notifiable acquisition if the lender forecloses on collateral. The acquisition of collateral may only be notified for review when default is imminent, not at the time of the initial secured loan»“.*

questa ragione, un intervento normativo appare auspicabile per garantire una maggior certezza giuridica agli investitori (sul punto, *infra*, § 7).

Parzialmente diverso è il caso in cui gli accordi contrattuali prevedano *ab origine* che l'escussione della garanzia avvenga tramite l'assegnazione della partecipazione societaria al creditore (sempre nello scenario in cui i diritti di voto restino in capo al socio). In questo caso, come menzionato *supra* (§ 4), l'anticipazione della notifica al momento della costituzione potrebbe essere giustificabile, quantomeno da un punto di vista pratico, atteso che l'identità dell'eventuale avente causa è già nota, come anche le condizioni che comporterebbero il passaggio dei diritti di proprietà sulle partecipazioni oggetto di garanzia.

Va anche precisato che, nella prassi degli affari, accade frequentemente che la titolarità delle garanzie, anche reali, sia trasferita in caso di rifinanziamento, ristrutturazione del credito, cartolarizzazione ecc.. Essendoci in questi casi una modifica soggettiva nel rapporto di garanzia, si ritiene che, dal punto di vista della normativa *golden power*, tali vicende siano equiparabili alla costituzione di una nuova garanzia, sicché vale *mutatis mutandis* quanto illustrato sinora in merito alle differenti tipologie di garanzie. Quindi, per esempio, se nel contesto di un'operazione di ristrutturazione del credito è previsto il trasferimento del pegno su un asset strategico (a maggior ragione se in favore di un istituto di credito extra-UE), sarà necessaria l'autorizzazione *golden power*.

Un altro tema spesso dibattuto è se, nei casi in cui la notifica sia anticipata al momento della costituzione della garanzia, per scelta delle parti oppure perché si ricade in una delle situazioni in cui i requisiti funzionale e soggettivo sono soddisfatti, l'eventuale successiva escussione della garanzia sia a sua volta sempre soggetta a notifica. La domanda non è retorica perché di fatto una nuova notifica potrebbe in teoria non essere necessaria qualora tutti gli elementi rilevanti siano già precisamente individuati nella notifica relativa alla costituzione della garanzia, salvo ovviamente che l'escussione, come sopra esposto, non comporti modifiche riguardanti gli attivi o la governance delle attività strategi-

che che di per sé ricadano in un'altra previsione della normativa *golden power*. È senz'altro vero che, nella generalità dei casi, la notifica sarà dovuta, quanto meno perché anche la semplice distanza temporale dalla prima comunicazione può aver comportato un cambiamento di circostanze che spetta all'autorità valutare. Si tratta comunque di una valutazione da effettuare caso per caso, alla luce delle informazioni già trasmesse con la prima notifica e del tempo intercorso. In effetti, se la garanzia prevede l'assegnazione dei beni/partecipazioni al medesimo creditore ed è effettuata a breve distanza dalla costituzione, di modo che le circostanze fattuali rilevanti per lo scrutinio delle autorità sono presumibilmente rimaste invariate, non si può escludere che la Presidenza, interrogata in sede di pre-notifica, possa escludere la necessità di una seconda valutazione.

Per quanto concerne l'individuazione del soggetto responsabile della notifica, gli artt. 1 e 2 del Decreto Golden Power considerano le garanzie su attivi come parte della più ampia categoria degli atti endo-societari. Ne consegue che l'obbligo di notifica ricade generalmente sull'impresa titolare degli attivi strategici (i.e. il debitore garantito). Tuttavia, nella pratica, le parti potrebbero avere interesse a presentare una notifica congiunta, considerata la tendenziale coincidenza d'intenti tra l'impresa e i finanziatori, e che il rispetto della disciplina *golden power* è previsto a pena di nullità dell'atto²¹.

Per quanto riguarda i pegni su partecipazioni societarie, nel vigore della previgente disciplina si riteneva che la notifica spettasse al creditore pignoratizio, nella veste di acquirente delle partecipazioni ex art. 2, comma 5, del Decreto Golden Power (fermo che, in caso di pegno con diritti di voto in capo al socio, potrebbero esserci dubbi sulla disposizione rilevante, come spiegato in precedenza). A seguito tuttavia delle modifiche introdotte dal Decreto Ucraina, in caso di operazioni su partecipazioni societarie la notifica è presentata

21 Si vedano l'art. 1, comma 4, e l'art. 2, comma 4, del Decreto Golden Power (entrambi recitano: "*Le delibere o gli atti adottati in violazione del presente comma sono nulli*").

dall'acquirente (*rectius*, creditore) “*ove possibile congiuntamente alla società le cui partecipazioni sono oggetto dell'acquisto*”²².

Infine, relativamente al termine entro cui procedere all'adempimento, ove dovuto, la legge prevede che la notifica debba essere depositata entro “*dieci giorni e comunque prima che vi sia data attuazione, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri*”²³. La formulazione della norma è ambigua e non coordinata con il termine per l'esercizio dei poteri, considerato che l'atto di garanzia è inefficace e non può essere eseguito prima dell'adozione del provvedimento²⁴. In pratica, come detto *supra*, le parti potrebbero notificare la garanzia in anticipo, prima della sua entrata in vigore (tipicamente al momento della stipula del contratto che prevede la garanzia), in modo da ottenere l'autorizzazione entro la data prevista per la firma dell'atto. Alternativamente, il mancato coordinamento normativo potrebbe essere superato con soluzioni negoziali: le parti potrebbero notificare la costituzione della garanzia anche dopo la firma (purché entro dieci giorni), prevedendo una condizione sospensiva nel contratto legata all'ottenimento del provvedimento autorizzatorio.

7. Considerazioni conclusive

Considerata la laconicità delle disposizioni *golden power* dedicate alle garanzie e la prassi ancora limitata e di certo non univoca, l'applicazione della disciplina richiede una valutazione particolarmente attenta da parte degli interpreti nell'ambito in esame. La delicatezza del compito interpretativo è accentuata dall'ampliamento della sfera di applicazione della normativa, dal punto di vista oggettivo, soggettivo e funzionale, a seguito dell'introduzione del regime

22 Cfr. art. 24, lett. c) del Decreto Ucraina. Inoltre, in base alla medesima norma, “*nei casi in cui la notifica non sia effettuata congiuntamente da tutte le parti dell'operazione indicate al primo e al secondo periodo, la società notificante trasmette, contestualmente alla notifica una informativa, contenente gli elementi essenziali dell'operazione e della stessa notifica, alla società le cui partecipazioni sono oggetto dell'acquisto, al fine di consentirne la partecipazione al procedimento, fornendo prova della relativa ricezione*”.

23 Cfr. art. 2, comma 2 del Decreto Golden Power.

24 Cfr. art. 2, comma 4 del Decreto Golden Power (“*Fino alla notifica e comunque fino al decorso dei termini previsti dal presente comma è sospesa l'efficacia della delibera, dell'atto o dell'operazione rilevante*”).

emergenziale, poi prorogato e infine reso (parzialmente) definitivo. Di fatto, come noto, ciò ha comportato, nel corso degli ultimi anni, una crescita esponenziale del numero di operazioni notificate²⁵.

Sotto il profilo della politica del diritto, sembra auspicabile un intervento normativo per garantire maggiore chiarezza riguardo a fattispecie di grande rilievo per le operazioni societarie. Si tratta in particolare d'individuare univocamente il perimetro delle garanzie soggette a notifica, soprattutto riguardo alla fattispecie del pegno su partecipazioni societarie. Un intervento normativo dovrebbe comunque essere accompagnato dallo sviluppo di una prassi decisionale rilevante (e pubblicamente disponibile), anche se questo dipenderà in gran parte dalla tipologia di operazioni che saranno sottoposte alla Presidenza.

Non è certo questa la prima volta che si solleva l'esigenza di maggior certezza giuridica riguardo alla definizione degli obblighi di notifica *golden power*, anche con valenza più generale rispetto alla costituzione di garanzie²⁶. Infatti, a

25 Per esempio, in base alla relazione al parlamento sull'esercizio dei poteri speciali nel 2020, il numero di notifiche *golden power* è passato da 83 nel 2019 a 342 nel 2020. Si tratta peraltro di una tendenza a livello globale, come testimoniato anche dall'ultimo report annuale sull'applicazione delle norme CFIUS, recentemente pubblicato dal Congresso americano, in base al quale ben 436 operazioni sono state oggetto di scrutinio nel 2021.

26 Cfr., per esempio, A. GEMMI, *La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento*, P.A. Persona e Amministrazione, 1/2020, 406 (‘‘Sempre con riguardo all’obbligo di notifica, sembra invece meno complesso e certamente più esigibile garantire la certezza delle fattispecie di notifica, sia con riguardo alle operazioni soggette a tale adempimento procedurale che con riguardo agli asset che rientrano nella Golden power. Militano in questo senso due ordini di considerazioni. Innanzitutto, la certezza giuridica sugli adempimenti degli operatori non attiene al bilanciamento già trattato, ma costituisce una imprescindibile garanzia di tutela del mercato e degli operatori così come della correttezza dell’azione amministrativa. In secondo luogo, la grave sanzione amministrativa posta a tutela degli obblighi di notifica comporta l’applicazione dell’art. 1, comma 2, della legge 689/1981, e quindi del principio di tassatività della fattispecie sanzionata’’). Più specificatamente, sull’incertezza giuridica rilevabile nel settore bancario, cfr. F. RIGANTI, *Investimenti esteri diretti e supervisione finanziaria e bancaria: dal governo delle banche al governo nelle banche?*, Banca Impresa Società, Fascicolo 1, 2022, 112 (‘‘Le previsioni in parola sono chiare nel delimitare al massimo la possibile «intrusione» di soggetti stranieri, anche europei, nel perimetro nazionale. Le stesse, tuttavia, presentano un certo grado di incertezza, in quanto si servono di un linguaggio spesso a-tecnico capace di implicare notevoli perplessità operative, a loro volta idonee ad aprire le porte ad un utilizzo eccessivo e smodato della «notifica». In altri termini, e in chiave d’esempio generale, sia il ricorso frettoloso a vocaboli quali «partecipazione» senza altra precisazione, sia l’utilizzo generico di riferimenti normativi esistenti senza alcuna delimitazione (in tema di controllo, si noti, vi è un rinvio onnicomprensivo all’art. 2359 cod. civ. e al t.u.f.), conducono ad una molteplicità di questioni ermeneutiche (ad es.: cosa si intenda con tali termini ai fini dell’obbligo di notifica), di non facile soluzione. Anzi, impongono all’interprete un notevole sforzo ricostruttivo della materia e un’attenta analisi volta a comprendere se – ad esempio per quanto attiene al

differenza del controllo sul merito, in cui pare inevitabile che le autorità pubbliche mantengano un certo margine di discrezionalità, la valutazione inerente all'esistenza di un obbligo di notifica dovrebbe ancorarsi quanto più possibile a requisiti oggettivi. Si tratta, ragionando per analogia, di un principio oramai consolidato nell'ordinamento euro-unitario riguardo ai criteri volti a stabilire la competenza della Commissione europea per il controllo delle operazioni di concentrazione, disciplina certamente più matura, ma con forti similitudini con il controllo degli investimenti stranieri²⁷.

L'importanza di stabilire criteri oggettivi per determinare il perimetro applicativo della disciplina pare altresì imporsi come corollario del principio di legalità, posto che, secondo consolidata giurisprudenza, la *amplissima* discrezionalità tipica dell'atto di alta amministrazione caratterizza il controllo sul merito, cioè la scelta sull'esercizio dei poteri *golden power*, mentre resta ferma, a monte, *“la necessità di una rigorosa istruttoria ai fini della verifica della presenza di beni strategici e*

primo concetto (partecipazione) — questo ricomprenda o meno ipotesi «limite» quali gli «strumenti finanziari partecipativi», nonché obbligazioni o altri strumenti finanziari convertibili in azioni, warrants e/o altri simili meccanismi. Questioni che, come chi scrive ha avuto modo di sottolineare in precedenza, nell'intento della norma (ma non certo nell'interesse degli operatori) dovrebbero forse essere risolte ricomprendendo nell'ambito di operatività della stessa tutto il possibile e l'immaginabile”). Si veda anche, A. SACCO GINEVRI, *Il golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, *Giurisprudenza Commerciale*, 2, 2021, 282, secondo il quale il ruolo dello Stato dovrebbe tornare *“ad essere coerente con i principi di un'economia aperta e integrata, in cui il rapporto fra pubblico e privato si esprimerebbe “in una visione d'impresa”, evitando che un ricorso eccessivo, anche solo ipotetico, ai golden powers — protratto oltre l'emergenza in corso — possa determinare un digiuno di capitali pericoloso per l'intero sistema produttivo. Tale situazione, infatti, finirebbe per trasformare il nostro Stato in un moderno Re Mida, che a forza di convertire in oro tutto ciò che toccava non riusciva più a sfamarsi, in quanto tutti i cibi con cui entrava in contatto si tramutavano istantaneamente nel prezioso ma indigesto metallo”*. Cfr., infine, G. MARRA, *L'assetto dei poteri speciali per il controllo degli investimenti dal 1994 al d.l. liquidità n. 23/2020*, *Giurisprudenza Commerciale*, 2, 2021, 312 (*“Sulla scorta delle considerazioni che precedono, si può ritenere che quanto la disciplina nazionale dei poteri speciali ha guadagnato in termini di struttura, tanto ha forse perso in termini di linearità con implicazioni generali di disincentivo per gli investitori esteri. Nella logica del diritto europeo, mentre si può dire che l'attuale quadro normativo dei poteri speciali nazionali ha raggiunto la compatibilità con il diritto dell'Unione, nella misura in cui non lede le libertà dei Trattati, alcune perplessità sorgono sui concetti di “chiarezza” e “certezza giuridica” necessari all'esercizio delle libertà stesse quali requisiti che concorrono agli obiettivi del mercato indicati nella direttiva servizi 2006/123/CE”*).

²⁷ Per esempio, nel controllo delle concentrazioni antitrust, i criteri principali per stabilire l'esistenza di un obbligo di notifica sono basati sul valore dei fatturati delle imprese interessate, così come riportati nelle più recenti scritture contabili disponibili. Cfr. Sentenza del Tribunale dell'Unione Europea del 14 luglio 2006, T-417/05, *Endesa c. Commissione*, paragrafo 180.

*di operazioni riconducibili a quelle individuate dalla legge*²⁸. Dunque, quanto più i contorni delle fattispecie notificabili sono nitidi, tanto minore sarà l'incertezza giuridica, e i relativi rischi d'invalidità degli atti collegati.

Va anche detto che le recenti modifiche normative introdotte con il Decreto Ucraina, e in particolare l'allineamento tra l'art. 1 e l'art. 2 in materia di garanzie, sembrano andare nella giusta direzione di creare una disciplina più armonica e sistematica; l'ambito così coperto resta tuttavia circoscritto rispetto alla tematica qui discussa.

In ottica di una maggior certezza giuridica e a scopi deflattivi delle notifiche cautelative, l'art. 26 del Decreto Ucraina, così come attuato dal DPCM del 2 agosto 2022, ha altresì introdotto una fase di pre-notifica²⁹, che dovrebbe offrire alle parti di un'operazione la possibilità di rivolgersi al gruppo di coordinamento istituito presso la Presidenza per richiedere chiarimenti preliminari in merito all'applicabilità della normativa *golden power*. Tale procedura potrebbe consentire di ottenere importanti indicazioni anche in riferimento ai dubbi interpretativi sulle garanzie illustrati nel presente articolo. Tuttavia, resterà probabilmente aperta la questione della mancanza di pubblicità degli esiti delle pre-notifiche, con la conseguenza che le indicazioni fornite in sede di pre-notifica non solo non potranno avere valore giuridico vincolante, ma neppure potranno servire da precedente *erga omnes*. C'è anzi il rischio che, riducendo il numero di notifiche e quindi di casi di cui viene dato conto nella Relazione annuale, l'istituto della pre-notifica aggravi ulteriormente l'opacità dell'azione della Pubblica Amministrazione nella materia in esame.³⁰

28 Cfr. Sentenza del TAR Lazio, 13 aprile 2022, n. 4488/2022; Sentenza del TAR Lazio, 13 aprile 2022, n. 4486/2022.

29 In particolare, secondo la nuova norma, è consentito agli operatori di trasmettere alla Presidenza un'informativa sui progetti di operazione, in modo da ottenere, nel termine di 30 giorni, una valutazione preliminare sull'applicabilità della normativa *golden power* o sull'autorizzabilità dell'operazione, ferma la necessità di rispettare i termini previsti per la formale notifica ove necessaria. Anche in questo caso, peraltro, si tratta di un istituto già ampiamente utilizzato dalle autorità della concorrenza nei procedimenti per il controllo antitrust delle concentrazioni.

30 Cfr. S. DE NITTO, *Il golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, Diritto Amministrativo, 2, 2022, 553 ("Lo svolgimento di tale fase, però, non

Peraltro, la recentissima modifica di cui all'art. 2 del D.L. n. 187 del 5 dicembre 2022, che ha previsto la facoltà per il Governo di concedere misure di sostegno per la capitalizzazione dell'impresa in caso di esercizio dei poteri speciali, potrebbe rilevare anche nel contesto di notifiche per la costituzione di garanzie. Si pensi, per esempio, al caso in cui il divieto opposto dalla Presidenza alla costituzione di un pegno comporti l'impossibilità per l'impresa di concludere una determinata operazione di finanziamento, che a sua volta comporti la rinuncia a un progetto altamente redditizio.

Anche in chiave comparatistica, come precedentemente illustrato, le norme italiane sulle garanzie e le interpretazioni che ne vengono fornite sono alquanto peculiari, sottoponendo ad obblighi di notifica operazioni che non necessariamente comportano conseguenze sull'assetto di controllo di attività strategiche. In molti ordinamenti dotati di una normativa sul controllo degli investimenti stranieri, all'opposto, l'evento decisivo per far scattare l'obbligo di notifica è legato al cambio di controllo su partecipazioni societarie o *asset*.

Potrebbe inoltre verificarsi un parziale disallineamento tra l'ambito del controllo *golden power* su garanzie e il Regolamento UE n. 452/2019³¹, applicandosi quest'ultimo soltanto ad investimenti stranieri diretti volti a *“a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e l'imprenditore o l'impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato mem-*

deve arrivare a costituire un espediente nelle mani del Governo per « snaturare » le attività oggetto del confronto preventivo, vanificando le originarie motivazioni economiche delle imprese, spinte — sotto la spada di Damocle del diniego — ad assumere impegni non voluti. Ciò costituirebbe senz'altro un uso distorto e sproporzionato del potere di controllo, oltre a rappresentare un celato — e contrario al principio di correttezza — strumento di intervento statale nell'economia. Necessaria risulta in tal senso l'imposizione di vincoli più stringenti di trasparenza, non solo nella fase procedimentale, ma anche nel processo valutativo sotteso alla decisione e da esplicitare nella motivazione. Manca, infatti, il carattere della pubblicità, non garantita nemmeno per estratto, dei provvedimenti: il che, in primo luogo, consente di ottemperare all'onere motivazionale in maniera solamente formale — con provvedimenti caratterizzati da una parte dispositiva che « prevale nettamente sull'esposizione dell'istruttoria e del bilanciamento degli interessi ad essa conseguito » - e, in secondo luogo, sfavorisce anche la formazione di decisioni giurisdizionali, in grado, invece, di fornire un contributo valido e prezioso « verso una maggiore certezza e maggiore capacità predittiva ». Si tratta, come visto, di provvedimenti di alta amministrazione, in quanto tali sottoponibili al controllo di legittimità davanti al giudice amministrativo”).

31 Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

bro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica" (cfr. art. 2, n. 1 del Regolamento)³².

Le garanzie ai sensi del Decreto Golden Power potrebbero dunque non rientrare nella definizione d'investimento diretto ai sensi della normativa UE (salvo i casi del creditore pignoratizio con diritti di voto e nel caso di un cambio di controllo conseguente all'escussione di una garanzia). Pertanto, come già rilevato in altre sedi, pare auspicabile, e forse inevitabile, anche da questo punto di vista, una progressiva convergenza tra le normative nazionali sul controllo degli investimenti tra Paesi membri dell'UE³³.

32 Cfr. anche il documento della Commissione europea "Frequently asked questions on Regulation (EU) 2019/452 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union" del 22 giugno 2021 (disponibile su https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157945.pdf), in base al quale "The cooperation on FDI screening between Member States and the Commission covers any foreign direct investment. As defined by the European Court of Justice, this can be an investment of any kind by a foreign investor aiming to establish or to maintain lasting and direct links between the foreign investor and the target company, in order to carry out an economic activity in a Member State, including investments which enable effective participation in the management or control of a company carrying out an economic activity. Foreign investor means a natural person of a third country or an undertaking of a third country, intending to make or having made a foreign direct investment. While portfolio investments are not part of the scope of the Regulation, the Regulation does not establish quantitative criteria for the delimitation of portfolio investment and FDI. Foreign direct investment can take two different forms: greenfield, and mergers and acquisitions (M&As). International greenfield investments typically involve the creation of a new company or establishment of facilities abroad, while an international merger or acquisition amounts to transferring the ownership of existing assets relating to an economic activity to an owner abroad".

33 Cfr. M. MEROLA, C. FAVARETTO, *Analyse : le contrôle des investissements étrangers en Europe*, 2021, Journal de droit européen – JDE, 2021, p. 162-172 : « Il existe une tension entre les dispositions des Traités, qui donnent compétence exclusive à l'UE en matière d'investissements directs étrangers, et l'application pratique du contrôle, aux mains des États membres. La coopération européenne en matière de contrôle des investissements directs étrangers se limite à une simple coordination et à une légère harmonisation des exigences minimales des mécanismes nationaux. Le développement futur de la coopération européenne réside dans la nature du contrôle des investissements étrangers en tant qu'instrument de politique industrielle : si l'on progresse vers une définition de la politique industrielle au niveau européen, un développement de la coopération européenne dans le sens d'une harmonisation complète des mécanismes nationaux sera possible et nécessaire ». A riguardo, Sandulli fa notare che "Con la guerra in Ucraina, pare aver subito un forte ridimensionamento il processo di globalizzazione economica. Si è tornati a parlare di blocchi contrapposti, sono ricomparsi i confini tra Stati, alle mappe geografiche fisiche si sono nuovamente sostituite le carte politiche. Si badi bene, però: non sembra aver subito una battuta d'arresto il processo di integrazione europea. Il golden power potrebbe anzi rivelarsi, in prospettiva, tra gli strumenti di rilancio dell'integrazione [...] Sotto questo profilo, uno strumento, quale il golden power, introdotto per valorizzare la sovranità statale, il nocciolo duro delle funzioni dello Stato, la difesa dell'interesse strategico nazionale, potrebbe divenire, sulla scorta del Regolamento Ue 2019/452, uno strumento volto anche a favorire il processo di integrazione europea, attraverso l'introduzione di misure armo-

Per concludere, se ci si colloca in un'ottica de jure condendo, è evidente che un mirato intervento del legislatore, nel solco delle recenti modifiche introdotte dal Decreto Ucraina, accompagnato dallo sviluppo di una prassi decisionale univoca e precisamente esposta nella relazione annuale, sarebbe lo strumento migliore per soddisfare le esigenze di certezza giuridica relativamente alla notifica delle operazioni di costituzione di garanzie, rispondendo a un'esigenza oggi molto sentita dalle imprese e dagli istituti finanziatori, vista l'approssimazione della disciplina golden power vigente.

nizzate tra gli Stati membri e un ruolo soltanto apparentemente laterale della Commissione Ue, che pare però destinato a divenire crescente. Il golden power, in tal senso, potrebbe essere considerato una delle forme di protezione perimetrale degli interessi finanziari dell'Unione europea, intesi in senso ampio, come da Considerando n. 1 della cd. Direttiva Pif (Direttiva n. 2017/1371). Insomma, i lavori in corso sui golden powers fervono. Di acqua sotto i ponti, dall'introduzione del d.l. n. 21/2012, ne è passata parecchia. L'impressione, però, è che le novità delle crisi pandemica e bellica costituiscano un ulteriore passaggio di avvicinamento verso un equilibrio ideale, ancora da rinvenire pienamente" (A. SANDULLI, La febbre del Golden Power, 743).

ANTONIO SAPORITO

Dottore di ricerca e Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo e Docente a contratto di
Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Bergamo

avv.antoniosaporito@gmail.com

LE CASSE PREVIDENZIALI TRA VECCHI PROBLEMI E NUOVE DISCIPLINE

THE SOCIAL SECURITY FUNDS BETWEEN OLD PROBLEMS AND NEW DISCIPLINES

SINTESI

Il saggio analizza la natura giuridica delle Casse previdenziali e la loro assoggettabilità al Codice dei Contratti pubblici.

ABSTRACT

The essay analyzes the juridical nature of social security funds and their subjection to the Code of Public Contracts.

PAROLE CHIAVE: Casse previdenziali, funzione assistenziale, Costituzione, Organismo di diritto pubblico, Codice dei Contratti pubblici.

KEYWORDS: Social security funds, welfare function, Constitution, Body governed by public law, Code of Public Contracts

INDICE: 1. Le Casse previdenziali alla luce dei principi costituzionali 2. Genesi del d.lgs. n. 509/1994: il processo di privatizzazione delle Casse previdenziali 3. La funzione delle Casse di previdenza: la solidarietà endocategoriale 3.1 (*segue*) La "comunanza di interessi" 4. La controversa natura. 5. Applicabilità del d.lgs. n. 50/2016. 6. Conclusioni.

1. Le Casse previdenziali alla luce dei principi costituzionali

Il principio di sussidiarietà, verticale e orizzontale, è entrato a far parte della nostra legislazione solo con la legge delega sulla riforma della pubblica amministrazione n. 59/1997¹, che lo ha assunto come criterio di riorganizza-

¹ Senza pretesa di esaustività Cfr. E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova Antologia*, 1959, ora in E. TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, Milano, 1989, p. 99 ss.; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, V, 1995, p. 373 ss.; A. D'ATENA, *Forma Stato dalla piramide all'arcipelago*, in *Impresa & Stato*, n. 33/1996; ID., *Le Camere di commercio tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, in *Impresa & Stato*, n. 51/1999; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. Cost.*, 2001; G. PASTORI, *La sussidiarietà "orizzontale" alla prova dei fatti nelle recenti riforme amministrative*,

zione degli apparati pubblici, al fine di favorire un avvicinamento tra gli apparati burocratici i cittadini, le imprese e le formazioni sociali, mentre il suo recepimento nella Costituzione si deve alla legge cost. 3/2001 che introduce un nuovo testo degli artt. 118 e 120 della Carta fondamentale, in cui il “principio di sussidiarietà” viene esplicitamente citato².

Le suddette riforme, attraverso l'introduzione, la revisione o soppressione di alcuni istituti tendevano a ridurre l'ingerenza dell'autorità amministrativa, i costi burocratici e da regolazione, e si prefiggevano di rilanciare la responsabilità e l'iniziativa imprenditoriale, anche attraverso una riduzione delle attività pubbliche e l'affidamento a soggetti di tipo privato ed al terzo settore della produzione di beni e servizi pubblici, rispetto ai quali alle istituzioni pubbliche residuavano solo dei compiti di monitoraggio della qualità dei beni e dei servizi

in RINELLA, COEN, SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova 1999; P. DURET, *La sussidiarietà “orizzontale”: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000; T.E. FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2000; A. POGGI, *Le autonomie funzionali “tra” sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano 2001.

2 G.U., RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002; M. CAMMELLI, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quad. reg.*, 2002, pp. 453 e ss.; C. CITTADINO, *Verso il federalismo: sussidiarietà orizzontale tra Stato ed autonomie*, in *Comuni d'Italia*, 2003; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003; P. DE CARLI, *Ripercussioni legislative del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Amministrare*, 2004; P. FALZEA, *L'intervento dei soggetti privati nelle attività di interesse generale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, in VENTURA (a cura di), *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi di una riforma infinita*, Torino 2004; G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giur. it.*, 2004; A. LUCARELLI, *Il diritto alla salute tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, in ID., *Percorsi del regionalismo italiano*, Milano 2004; A. PÉREZ, *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale*, in CIMBALO, ALONSO PÉREZ, *Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*. Atti del convegno, Ravenna 25-27 settembre 2003, Torino 2005; F. MONTEMURRO, *La sussidiarietà orizzontale*, in *Guida enti loc.*, 2005; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in Studi in onore di Giorgio Berti, Napoli 2005; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, 2/2006; B. CAVALLO, *Sussidiarietà orizzontale e l. n. 241/1990 nel governo del territorio*, in *Riv. giur. urb.*, 2006; F. NICOLETTI, *La promozione dell'attività di interesse generale degli enti privati tra sussidiarietà orizzontale e discrezionalità amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2008; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009; E., GIANFRANCESCO, *Sussidiarietà orizzontale e Regioni: alla ricerca della prescrittività*, in *Amministrazione in cammino*, 20 gennaio 2018.

prodotti. In questo modo, si intendeva favorire la crescita della domanda di beni e servizi di utilità generale ed una loro accentuata diversificazione.

Il riconoscimento pieno della possibilità per le pubbliche amministrazioni di utilizzare gli strumenti del diritto privato, anzi la preferenza per il ricorso a questi strumenti, quando la legge espressamente non lo vietasse miravano a introdurre un modello non autoritario e non gerarchico, di rapporto fra le pubbliche amministrazioni e i cittadini (e le imprese), a superare la rigida separazione fra diritto amministrativo e diritto comune e ad abbandonare, anche sotto questo profilo, la tradizione statalista e centralista propria della cultura istituzionale e amministrativa dell'Europa continentale³.

Con la riforma del titolo V della Costituzione, il principio di sussidiarietà, nella sua duplice dimensione, viene testualmente menzionato nel testo della Costituzione, nel nuovo articolo 118⁴ e indirettamente nell'art. 114⁵ che determina il definitivo superamento dell'interpretazione del principio di sovranità inteso come supremazia ed onnipotenza dello Stato-persona⁶ o dello Stato-apparato, oltre a quanto disposto dall'art. 120 della stessa Costituzione. Grazie alle prime due disposizioni, l'interpretazione della forma dello Stato nei termini di

3 A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. pubb.*, 1938; N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato (1980-1982)*, in *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; G. ROSSI, *Osservazioni di metodo per evitare di andare per farfalle*, in *Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2013; F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche*, di F. GIGLIOTTI (a cura di), Napoli 2017.

4 Questa norma non ridefinisce soltanto l'architettura del sistema amministrativo sulla base del principio di sussidiarietà verticale, ma, nell'ultimo comma, impone di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli e associati per lo svolgimento di attività d'interesse generale.

5 Il riferimento alla Repubblica nel contesto del nuovo articolo 114 non può più intendersi come limitato, riduttivamente, all'elemento *territoriale* dello Stato, come suggeriva la formulazione precedente dello stesso articolo 114. In dottrina cfr. C. MAGNANI, *Il comune soggetto autonomo della democrazia costituzionale*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 1999. Nuova serie A - 2003

6 F. BASSANINI, *La Repubblica della sussidiarietà Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna*, n. 12 del 2007.

una Repubblica della sussidiarietà, già prospettabile sulla base dei principi iscritti negli artt. 2, 3 e 5 della Costituzione, diventa dunque incontrovertibile⁷.

Sul versante della sussidiarietà verticale, la combinazione delle due norme permette di scardinare definitivamente l'assetto gerarchico piramidale, caratteristico delle forme di Stato dell'Europa continentale ottocentesca e consolida un nuovo modello di *governance* pluricentrica multilivello, già presente nella nostra Costituzione, ma rimasto inattuato⁸. Quanto al principio di sussidiarietà orizzontale, esso, da un lato, impone di ridefinire il "perimetro", o la "missione" del sistema istituzionale e amministrativo, riducendo le attività pubbliche di gestione o di produzione diretta di beni e servizi di interesse generale, quando esse possono essere svolte da altri (privato, terzo settore, volontariato, comunità professionali o funzionali), in modo da garantire migliori risultati in termini di costi e di qualità delle prestazioni e dei servizi, limitando, come si è detto, il ruolo delle istituzioni pubbliche allo svolgimento di attività di regolazione, controllo, monitoraggio delle attività private, garanzia dell'uguaglianza nell'accesso ai servizi e della universalità dei diritti e di sostegno delle autonome iniziative non profit della società civile, che possono integrare l'azione delle amministrazioni pubbliche nel perseguimento di interessi generali⁹.

7 A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit.; ID., *Dimensioni e problemi della sussidiarietà*, in G.C. DE MARTIN, (a cura di) *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; E. DE MARCO, (a cura di), *Problemi attuali della sussidiarietà*, Milano, 2005; C. BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 895 e ss.

8 P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale. Attuazioni e prospettive*, Milano, 2002; V. BALDINI (a cura di), *Sussidiarietà e diritti*, Napoli, 2007; P. SAVARESE, *Pensare la sussidiarietà. Tra profili di principio e proiezioni operative*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, p. 59 ss.;

9 P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, in A.A. CERVATI, S.P. PANUNZIO, P. RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, pp. 194 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 5 ss.; M. NAPOLI (a cura di), *Principio di sussidiarietà. Europa, stato sociale, Vita e pensiero*, Milano, 2003; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, cit.; L. PATRUNO, *Il "nuovo mondo" dei servizi sociali di interesse generale secondo la Commissione europea: Stati e pubblici poteri spettatori-guardiani degli effetti "benefici" della sussidiarietà, del volontariato, della concorrenza, delle privatizzazioni*, in *Costituzionalismo*, 2006; R. BRIGANTI, *La Riforma della disciplina del "Terzo settore" tra sussidiarietà orizzontale e impresa sociale*, in *Notariato*, 5/2018, p.1 ss.; L. GORI, *La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in *Federalismi*, 14/2020, p. 179 ss.; M. CARRER, *Terzo Settore e principio di sussidiarietà. Profili problematici nella sistematizza-*

Se l'intervento dei privati, nella produzione di beni e servizi di pubblica utilità, vale a porre rimedio ai c.d. fallimenti dello Stato e quello pubblico preserva da quelli del mercato, le autonome iniziative dei cittadini, singoli o associati, opportunamente sostenute dalle istituzioni pubbliche, oltre a porre rimedio ai predetti fallimenti, appaiono utili, unitamente a quelle del terzo settore a potenziare l'intervento pubblico e quello privato e a diversificare l'offerta di servizi. La società civile ritrova così un ruolo rilevante, non subalterno e non sussidiario, anche nel perseguimento di finalità di interesse generale e nello svolgimento di fondamentali attività di utilità sociale.

Con l'istituzione delle autorità indipendenti¹⁰ si afferma anche in Italia una rete di istituzioni dotate di importanti poteri di regolazione, vigilanza e controllo, chiamate a sottrarre all'ingerenza della politica la definizione e l'applicazione delle regole della competizione nel mercato, e dunque a liberare

zione costituzionale, in *Società e Diritti*, 2023;

10 In tema di Autorità Amministrative Indipendenti si segnalano, senza pretesa di esaustività J. LANDIS, *The administrative process*, New Haven, 1938; J. CHEVALLIER, *Réflexions sur l'institution des AAI*, JCP, 1986, n°3254; ID., *Les AAI et la regulation des marchés*, *Justices* n°1, 1995, 81 ss.; C.A. COLLIARD – G. TIMSIT, (a cura di), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris 1988; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 551 ss.; M. J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris 1991; M.J. HORWITZ, *The transformation of american law*, New York, 1992; F. BASSI, - F. MERUSI, a cura di, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993; GENTOT, M., *Les autorités administratives indépendantes*, Paris 1994; S. CASSESE, *La Commissione nazionale per le società e la borsa – CONSOB e i poteri indipendenti*, in *Riv. soc.* 1994, 492 ss.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)* in *Enc. giur. Treccani*, V, 1995; S. CASSESE, – C. FRANCHINI, a cura di, *I garanti delle regole*, Bologna 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1997, 662 ss.; J.L. AUTIN, *Autorités administratives indépendantes*, in *J. cl. Adm.*, fasc. 75, 1997; L. BARRA CARACCIOLO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.*, Torino 1997; M. D'ALBERTI – G. TESAURO, a cura di, *Regolazione e concorrenza*, Bologna 2000; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino 2002; P. LAZZARA, *Discrezionalità amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA*, Milano 2003, 305 ss.; R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità Antitrust*, in *Dir. process. amm.*, 2004, 1019 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive d'un modello*, Bologna 2005; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina Antitrust*, Torino, 2007; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema politico-istituzionale*, II ed., Torino 2009; M. D'ALBERTI, – A. PAJNO, a cura di, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna 2009; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI – A. PAJNO, a cura di, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna 2009, 75 ss.; R. CHIEPPA, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, in P. BILANCIA, a cura di, *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano 2012, 103 ss.

gli operatori economici da una condizione di sudditanza nei confronti dei detentori del potere politico, ritenute espressione di sistemi pluralisti nei quali vi sia spazio anche per comunità intermedie che possano agire liberamente, senza essere condizionate dalle forze politiche¹¹.

Lo Stato deve affrontare ogni giorno nuove sfide: quella della competizione globale, della rivoluzione digitale, dell'innovazione tecnologica e produttiva, del terrorismo globale, dell'emergenza climatica e ambientale; l'emergere sui mercati mondiali di nuove formidabili potenze economiche, i grandi flussi migratori, i problemi della convivenza multi-etnica e multiculturale, la domanda di nuovi diritti e di nuove libertà, la crescente richiesta di sicurezza, la segmentazione della società e la diversificazione dei bisogni e delle domande sociali, che possono offrire grandi opportunità di crescita e progresso, ma anche creare nuove povertà e nuove emarginazioni, disuguaglianze, impoverimento delle classi medie.

Per vincere tali sfide, garantire un alto livello di protezione sociale, di tutela dei diritti, di qualità della vita, soddisfare la domanda di nuovi diritti e di nuove sicurezze, rispettare i vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea e quelli imposti dal patto di stabilità, lo Stato non può fare a meno di ricorrere alla mobilitazione delle risorse della società civile, del territorio, delle comunità intermedie, della partnership con il privato e con il *no profit*. Sempre più, dunque, appare decisivo il ruolo delle realtà territoriali e delle comunità intermedie nel determinare condizioni ambientali favorevoli alla crescita e alla competitività del sistema economico e sociale.

Le comunità intermedie, le autonomie funzionali, il terzo settore possono dunque arrivare dove lo Stato non arriva, integrare e diversificare i beni e i servizi prodotti dalla mano pubblica, sostituirla in diversi ambiti assicurando un

11 Sull'indipendenza delle Autorità Amministrative Indipendenti e sulla loro separazione dal potere politico Cfr. *ex Multis*. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, II ed., Torino, 2009.

miglior rapporto tra benefici e costi ed un migliore adattamento alla varietà e complessità delle domande sociali¹².

2. Genesi del d.lgs. n. 509/1994: il processo di privatizzazione delle Casse previdenziali

La Costituzione stabilisce all'articolo 38 che *“i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria”* e che *“[a]i compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato”*. Secondo il dettato costituzionale, quindi, i lavoratori hanno diritto alla previdenza, ma non è lo Stato a dover “provvedere”; la norma costituzionale, infatti, utilizza due verbi diversi per indicare il ruolo dello Stato: “predisporre” o “integrare” l'attività di previdenza¹³.

Nell'ultimo decennio del Novecento, tuttavia, il panorama comincia a cambiare. Il modello pan-pubblicistico, statalista e centralista, che aveva prodotto uno Stato invadente, dirigista, burocratico e, per la verità assai poco efficiente, comincia a dare segni di cedimento; anche perché globalizzazione e rivoluzione tecnologica da un lato e crisi fiscale dello Stato dall'altro, riportano al centro dell'attenzione l'esigenza di avere un sistema istituzionale e amministrativo efficiente, capace di garantire a cittadini e imprese servizi di buona qualità e di ridurre al minimo i costi regolatori e burocratici, pena, altrimenti, una irreparabile perdita di competitività nei confronti con altri sistemi economici e politici¹⁴. Avanza un'idea più moderna e più articolata del ruolo delle amministrazioni pubbliche, del rapporto tra Stato e società civile, tra politica ed economia,

12 F. BASSANINI, *La democrazia di fronte alla sfida della disintermediazione: il ruolo delle comunità intermedie e delle autonomie territoriali*, cit.; ID., *La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli Artt. 114 e 118 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna*, n.12/2007; ID., *Il quadro costituzionale: l'equiordinazione fra Stato e istituzioni territoriali e il principio di sussidiarietà*, in VV.AA., *I controlli sulle autonomie nel nuovo quadro istituzionale*, Milano, 2008.

13 S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 1, pag. 121.

14 F. BASSANINI, *La Repubblica della sussidiarietà Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione*, cit.

tra amministrazione pubblica e cittadini. I processi di liberalizzazione e le privatizzazioni aprono i servizi pubblici alla concorrenza e cominciano a liberare dal comando oppressivo della politica e della burocrazia settori strategici del nostro sistema economico, costringendo finalmente gli ex-monopolisti e gli operatori dei mercati protetti a misurarsi sul terreno dell'efficienza e dell'innovazione, e consentendo alle amministrazioni di concentrarsi sul loro core business (attività di regolazione e controllo e *fonctions régaliennes*)¹⁵.

L'importazione di principi e istituti propri dell'esperienza anglosassone e il riconoscimento pieno della possibilità per le pubbliche amministrazioni di utilizzare gli strumenti del diritto privato, anzi la preferenza per il ricorso a questi strumenti, quando la legge espressamente non lo vieti, miravano a introdurre un modello paritario, non autoritario e non gerarchico, di rapporto fra le pubbliche amministrazioni e i cittadini (e le imprese), a superare la rigida separazione fra diritto amministrativo e diritto comune; e dunque ad abbandonare, anche sotto questo profilo, la tradizione statalista e centralista propria della cultura istituzionale e amministrativa dell'Europa continentale.

In questo periodo si è affacciata l'idea che gli enti previdenziali potessero avere natura privata. Il 7 ottobre 1993, nel corso dell'esame del collegato alla legge finanziaria, venne proposto un emendamento nel quale si proponeva “*la privatizzazione degli enti previdenziali*”; nello stesso giorno, dopo ampio dibattito, il Ministro per la funzione pubblica propose una ulteriore versione del testo dell'art.5, che prevedeva la “*privatizzazione, in applicazione dei criteri di cui all'articolo 38 della Costituzione*”, degli enti che non fossero a carico dello Stato, con contributi obbligatori a carico degli iscritti, con la garanzia dell'autonomia amministrativa, organizzativa e contabile”.

Il 4 novembre 1993, durante il dibattito svolto presso il Senato, venne proposto un testo più ampio e articolato che prevedeva: “*l'esclusione degli enti*

15 F. BASSANINI, *Le Casse di Previdenza nel contesto dell'evoluzione della forma di Stato*, in *Astrid Rassegna*, n. 272 (15/2017).

pubblici esercenti la previdenza e l'assistenza per determinate categorie, che non usufruiscono di finanziamenti pubblici o di altri ausili finanziari pubblici, dalle previsioni di cui ai precedenti numero 1 e 2, relative alle operazioni di fusione e di incorporazione degli enti pubblici di previdenza ed assistenza” e “e la previsione della loro privatizzazione, in applicazione dei criteri di cui all'articolo 38 della Costituzione” con espressa previsione della obbligatorietà della iscrizione ad essi degli appartenenti alle categorie a favore delle quali fossero stati istituiti, della capacità impositiva contributiva nei confronti degli iscritti e con la garanzia della loro autonomia gestionale, organizzativa, amministrativa e contabile”.

In questa formula vi erano già tutti gli elementi successivamente inseriti nell'articolo 1, comma 33, lett. a), punto 4) della legge n. 537/1993, recante *“Interventi correttivi di finanza pubblica”*, contenente la delega che sarà, poi, esercitata attraverso il d.lgs. n. 509/1994, relativo alla trasformazione in persone giuridiche private di enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza¹⁶.

Può essere utile ripercorrere le tappe dell'esercizio della delega per comprendere come la vicenda della trasformazione in persone giuridiche private dei sedici enti gestori di forme obbligatorie abbia rappresentato fin da principio un elemento di tensione e costante divaricazione fra volontà politica e intenzioni burocratiche.

Il sopra menzionato d.lgs. n. 509, nella sua seconda e definitiva versione, venne approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 29 giugno 1994 e risultavano accentuate le cautele e i controlli nei confronti degli enti per il sospetto che questi potessero incontrare difficoltà finanziarie e quello approvato dal Consiglio dei Ministri in seconda approvazione.

Secondo parte della dottrina sono state proprio tali dinamiche a determinare la nascita *“di enti nominalmente privati, ma sostanzialmente pubblici”*¹⁷.

Alla fine del 1993 il Parlamento ha delegato (art. 1, comma 32°, legge n. 537/1993,) il Governo a provvedere al «riordino» anche degli enti di previden-

16 S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, cit. pag. 121

17 L'opinione è di S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, cit. pag. 121

za ed assistenza. Il Governo ha dato esecuzione alla delega ricevuta con il d.lgs. n. 509/1994, intervenendo nei confronti di sedici enti pubblici gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza¹⁸.

Sebbene composto da cinque articoli soltanto, tale d.lgs. investe numerosi aspetti del fenomeno disciplinato; in questo paragrafo mi soffermerò sull'art. 1, in base al quale gli Enti interessati dalla riforma sono stati trasformati in associazioni o fondazioni con delibera dei competenti organi di ciascuno di essi, adottata a maggioranza dei due terzi dei componenti. Contestualmente gli enti adottano lo statuto ed il regolamento.

Gli enti trasformati continuano a sussistere come enti senza scopo di lucro e assumono la personalità giuridica di diritto privato, ai sensi degli articoli 12 e seguenti del codice civile e secondo le disposizioni contenute nel d.lgs. 509/1994.

La «privatizzazione» indotta dal sopra menzionato d.lgs. è apparsa subito più formale che sostanziale. Rispetto agli enti privati mancano la “consensualità” del rapporto, poiché l'iscrizione è obbligatoria e agli iscritti non è consentito recedere; la piena autonomia, poiché lo statuto e il regolamento incontrano nella legge numerosi limiti, oltre ad essere soggetti all'approvazione ministeriale e la libertà di azione, in quanto gli enti sono sottoposti a controlli ancora più rigidi di quelli previsti dal codice per le persone giuridiche private.

Quanto all'ordinamento interno Istituto o Cassa poteva mantenere l'antecedente struttura organizzativa, salve le modifiche richieste per garantire sia la «trasparenza nei rapporti con gli iscritti e composizione degli organi collegiali», sia l'onorabilità e la professionalità dei responsabili, e ferma la previsione di una riserva legale idonea ad assicurare la continuità delle prestazioni.

18 Si è trattato di Casse ed Enti a favore di liberi professionisti: avvocati e procuratori, dottori commercialisti, geometri, ingegneri e architetti, notai, ragionieri e periti commerciali, agenti e rappresentanti di commercio, consulenti del lavoro, medici, farmacisti, veterinari. Ma nell'elenco sono stati inseriti anche gli enti a favore degli impiegati dell'agricoltura e delle imprese di spedizione e agenzie marittime, gli Istituti di previdenza per i dirigenti di aziende industriali, e per i giornalisti; nonché l'Opera nazionale per l'assistenza agli orfani di sanitari.

In questo contesto normativo, uno degli aspetti più dibattuti è stato quello della «forma giuridica» da dare al fenomeno: se associazione o fondazione¹⁹, anche se in dottrina sono state anche assimilate a “formazioni sociali pubbliche”²⁰.

Con riguardo agli Istituti a favore di lavoratori dipendenti è apparsa naturale la scelta del modello fondazionale.

Con riguardo alle Casse di previdenza a favore dei liberi professionisti, al patrimonio delle quali contribuiscono solo questi ultimi, la scelta è apparsa invece più problematica.

Alla fine, quasi tutti gli enti hanno optato per il modello associativo. La forma fondazionale è stata preferita solo dalla Cassa forense e dall'Ente di previdenza dei medici (Enpam).

Agli enti che hanno scelto il modello associativo il Ministero, mentre all'inizio ha chiesto che rispettassero rigorosamente il nome «associazione», in seguito ha consentito la qualifica di «ente associativo»²¹ o quella di «ente a base associativa»²².

Mentre nelle fondazioni la cura degli interessi dei beneficiari è affidata in via esclusiva agli amministratori dell'ente, e i controlli sono previsti dalla legge, nelle associazioni esiste una coincidenza tra i titolari dell'interesse collettivo perseguito e i titolari dei poteri decisionali interni all'ente, almeno di quelli maggiori: la legge affida agli stessi associati le scelte fondamentali come, ad esempio, l'indirizzo dell'attività e l'approvazione dei bilanci anche se negli enti di grandi proporzioni queste scelte vengono riservate a organi collegiali ristretti, composti da persone elette dagli associati (talvolta con metodo assembleare,

19 F. SCIARRETTA, *Associazione e fondazioni con compiti di amministrazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 951.

20 F. FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella “formazione sociale” “organizzazione pubblica”*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2003, p. 769.

21 Così per l'ente a favore dei veterinari e per la Cassa a favore degli ingegneri e architetti.

22 Così per la Cassa a favore dei geometri.

ma spesso con metodi più agili) e gli associati godono di poteri più ampi anche rispetto al patrimonio.

Nelle fondazioni manca anche, ed è dubbio che possa essere istituito, un organo deliberativo formato da rappresentanti dei beneficiari, cioè da persone elette da questi ultimi, investito di poteri tanto estesi quanto sono quelli riservati all'assemblea di un'associazione. Tali differenze spiegano la netta preferenza verso il modello associativo.

Il d.lgs. n. 509/1994, che ha richiesto agli enti previdenziali di adeguarsi al modello legale dell'associazione riconosciuta o a quello della fondazione, non ha imposto in modo espresso agli organi deliberativi dell'ente di esplicitare anche la sua qualificazione giuridica, ma nel denominare l'ente «associazione» o «fondazione», gli organi sono vincolati dal principio di verità e che l'inosservanza di questo principio non comporta la nullità della delibera di trasformazione, ma solo l'«inutilità», o comunque l'improduttività degli effetti, della qualificazione. Tale vizio non verrebbe sanato neppure dall'approvazione della delibera da parte del Ministero del lavoro, che dovrebbe, invece, invitare l'ente a correggere il suo *nomen iuris*²³.

In mancanza di correzione da parte dell'ente, il suddetto Ministero dovrebbe annullare la concessa approvazione; se non provvedesse, la «privatizzazione» non verrebbe rimossa, e la natura giuridica dell'ente andrebbe desunta dalla struttura e dalla funzione sue proprie svolte dall'ente.

3. La funzione delle Casse di previdenza: la solidarietà endocategoriale

Il d.lgs. 509/1994 prevedeva che gli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza si trasformassero, quindi, a loro scelta, in associazioni o fondazioni di diritto privato.

23 Cons. Stato, 17.12.1957, in Cons. Stato, 1958, I, pag.937; Cons. Stato, 2.4.1956, *ivi*, 1958, pag. 752

Le Casse di previdenza dei liberi professionisti dovevano rappresentare un esempio tipico di attività associativa privata a cui sono sempre state riconosciute delle forme di tutela della loro attività.

A tal proposito, l'art. 2 del d.lgs. 509/1994 ha attribuito loro autonomia gestionale, organizzativa e contabile, con i limiti dovuti “alla natura pubblica dell'attività svolta”; autonomia statutaria e regolamentare; forme peculiari di controllo pubblico²⁴ e il potere di autofinanziarsi.

La Corte costituzionale ha sempre riconosciuto l'autonomia delle Casse di previdenza, chiamati a svolgere una funzione di interesse generale, di natura o rilevanza pubblicistica, ma avente natura privata.

L'obbligo contributivo, posto a carico degli iscritti ed il divieto di contribuzione pubblica rappresentano un corollario della rilevanza pubblicistica al fine previdenziale²⁵.

Secondo il Giudice delle Leggi, la contribuzione obbligatoria rappresentava lo strumento per abilitare, facilitare e promuovere l'auto-organizzazione di una comunità di professionisti in fatto di previdenza e, conseguentemente, l'equilibrio di un sistema previdenziale basato su una “solidarietà endocategoriale” o “comunanza d'interessi”²⁶.

L'imposizione da parte della legge di obblighi di appartenenza ad un organismo a struttura associativa di rilevanza pubblicistica per la tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti non ledeva l'art. 18 Cost., purchè non risultassero in alcun modo offesi altre libertà, diritti e principi costituzionalmente garantiti, diversi dalla libertà negativa di associarsi.

La suddetta disposizione doveva, inoltre, risultare lo strumento più idoneo ai fini dell'attuazione di finalità schiettamente pubbliche e l'obbligo impo-

24 Il controllo pubblico doveva essere limitato entro il perimetro di meri controlli di regolarità ministeriali, tuttavia, la tendenza è stata quella di rafforzarli gradualmente, apportando modifiche alla legge di sistema (vd. leggi n. 122/2010 e n. 111/2011), con leggi di settore per specifici aspetti e con interpretazioni adottate per via di prassi amministrativa.

25 Corte costituzionale, sentenza n. 248/1997.

26 Si veda anche, Corte costituzionale, sentenza n. 88/1995.

sitivo, un mero presupposto derivante dalla comunanza di interessi tra gli iscritti e dai benefici da essi ottenuti attraverso l'erogazione dei servizi resi dalle Casse previdenziali²⁷. Tali conclusioni non sono mai state contraddette dalla giurisprudenza costituzionale successiva.

Con la sentenza n. 15/1999 il Giudice delle Leggi è ritornato sulla distinzione tra natura privatistica del soggetto e natura pubblicistica delle funzioni. Con la nuova pronuncia vengono messi in evidenza gli elementi di continuità e quelli innovativi, ascrivendo a questi ultimi la qualificazione degli enti e strumenti di realizzazione dei fini.

Con tale sentenza, si chiarisce che la garanzia dell'autonomia gestionale, organizzativa, amministrativa e contabile degli enti privatizzati non attiene tanto alla struttura dell'ente quanto piuttosto all'esercizio delle sue funzioni.

Nell'ordinanza n. 214/1999 il Giudice delle Leggi ribadisce l'approccio delle sentenze dello stesso, nn. 15/1999 e 248/1997 e sottolinea come il processo di privatizzazione avesse inciso *“esclusivamente sugli strumenti gestionali volti al perseguimento di un fine previdenziale ed assistenziale rimasto inalterato”*, lasciando *“immutata ... l'evidenza pubblicistica dell'attività svolta”*.

Nell'ordinanza si rammenta come nella sentenza n. 248 del 1997 si sia inoltre sottolineato il perdurante valore del principio di solidarietà endocategoriale, ritenendo che il riferimento a tale principio ed alle finalità della struttura associativa permettesse di escludere la violazione dell'art. 18 della Costituzione comprensivo della libertà di non associarsi; che il sistema dei controlli consentisse agli iscritti di verificare la destinazione dei contributi versati e che la disciplina delle Casse previdenziali trovasse una delle sue radici nell'art. 2 Cost. e nel principio solidaristico in esso contemplato, principio radicato anche nei rapporti di previdenza ed assistenza interni alle categorie professionali.

Da ultimo, con la sentenza n. 7/2017 la Corte costituzionale ha ribadito che la trasformazione delle Casse previdenziali *“pur avendo inciso sulla forma giuri-*

²⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 248/1997.

dica dell'ente e sulle modalità organizzative delle sue funzioni, non ha modificato il carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza ed assistenza, che mantiene non solo una funzione strettamente correlata all'interesse pubblico di assicurare dette prestazioni sociali a particolari categorie di lavoratori, ma acquisisce un ruolo rilevante in ambito europeo attraverso l'inclusione delle risultanze del relativo bilancio nel calcolo del prodotto nazionale lordo ai prezzi di mercato, mediante le uniformi regole di contabilizzazione del sistema europeo dei conti economici integrati".

In questa più recente pronuncia non si disconosce in astratto *"la possibilità per lo Stato di disporre, in un particolare momento di crisi economica, un prelievo eccezionale anche nei confronti degli enti che ... sostanzialmente si autofinanziano attraverso i contributi dei propri iscritti"*, ritenendo, invece, irragionevole e quindi contrario alla Costituzione l'introduzione di *"un prelievo strutturale e continuativo nei riguardi di un ente caratterizzato da funzioni previdenziali e assistenziali sottoposte al rigido principio dell'equilibrio tra risorse versate dagli iscritti e prestazioni rese"*.

Il Giudice delle Leggi ha inoltre ricordato che il legislatore conserva piena libertà di scelta tra sistemi previdenziali di tipo mutualistico, caratterizzati dalla corrispondenza fra rischio e contribuzione e da una rigorosa proporzionalità fra contributi e prestazioni previdenziali, e sistemi di tipo solidaristico, caratterizzati, di regola, dall'irrelevanza della proporzionalità tra contributi e prestazioni previdenziali.

Nel caso delle Casse professionali la soluzione legislativa è stata quella di *"realizzare modalità di finanziamento del sistema pensionistico ... attraverso la capitalizzazione dei contributi versati da ciascun lavoratore prima della quiescenza. Tali contributi sono gestiti dalla Cassa attraverso criteri di autonomia delineati dal legislatore secondo accantonamenti a basso rischio, cosicché, al momento del pensionamento, ogni lavoratore ritira il proprio montante contributivo, cioè quanto versato sino alla quiescenza, maggiorato dai cosiddetti coefficienti di trasformazione"*.

Alla base del portato normativo del d.lgs. n. 509/1994, la Corte costituzionale ritiene vi sia l'art. 97 Cost. e che la riforma sia stata ispirata dall'esigen-

za di “*percorrere una strada alternativa di tipo mutualistico rispetto alla soluzione «generalista» della previdenza*”, basata sul principio di “*autonomia finanziaria comportante l'assoluto divieto di contribuzione da parte dello Stato*” e “*ricerca di equilibri di lungo periodo sul piano previdenziale, finanziario ed economico*”.

Si conclude che “*per effetto della riforma del 1994 le posizioni previdenziali degli iscritti sono collettivamente e singolarmente condizionate dalla regola per cui la prestazione deve essere resa solo attraverso la contribuzione capitalizzata del destinatario e non attraverso l'impiego delle contribuzioni versate dagli altri iscritti in attività. Ciò con assoluta esclusione – a differenza della previdenza dei pubblici dipendenti – di qualsiasi contribuzione a carico dello Stato nel momento in cui il flusso finanziario proveniente dai versamenti contributivi non risulti sufficiente al pagamento delle prestazioni dovute.*”

Il Giudice delle Leggi ha dunque univocamente e costantemente difeso la scelta legislativa di dotare le Casse di previdenza di “*un sistema di solidarietà endocategoriale basato sulla comunanza di interessi degli iscritti, cosicché ciascuno di essi concorre con il proprio contributo al costo delle erogazioni delle quali si giova l'intera categoria e di vincolare in tal senso la contribuzione di detti soggetti*”. «[L]a solidarietà endocategoriale che il legislatore si è preoccupato di non far venire improvvisamente meno», è finalizzata ad «*assicurare l'idonea provvista di mezzi*».

Infine è stata evidenziata la necessità di tutelare gli equilibri finanziari delle Casse previdenziali, essendo tale condizione “*intrinsecamente funzionale alla garanzia delle posizioni previdenziali degli associati, a sua volta riconducibile all'art. 38 Cost.*”.

3.1 (segue) La “comunanza di interessi”

La sentenza della Corte costituzionale n. 7/2017 ha posto in evidenza un aspetto rimasto in secondo piano, rivelando il vero fondamento della legittimazione costituzionale dell'attività delle Casse previdenziali.

Il Giudice delle Leggi ha fatto riferimento alla “comunanza di interessi” in diverse occasioni²⁸; la prima sentenza riguardava la Cassa forense. In questa decisione si è esclusa la violazione dell’art. 38 qualora le prestazioni patrimoniali necessarie per l’assolvimento dei compiti previsti dal quarto comma, siano poste a carico di soggetti diversi dallo Stato, determinabili sulla base di una comunanza, specifica o generica, di interessi o di un collegamento, diretto o indiretto, tra la causa dell’imposizione e le finalità da conseguire. E’ stato ritenuto irrilevante che il perseguimento di dette finalità anziché avvenire mediante erogazioni poste direttamente a carico dello Stato o con gli ordinari strumenti, si attuasse con mezzi diversi ed in particolare con l’imposizione, da parte di leggi dello Stato, di “prestazioni patrimoniali nella forma del contributi”²⁹. Se la finalità da perseguire risponde alla tutela di un interesse pubblico, tale interesse non viene meno, né viene snaturato, se alla sua realizzazione si procede in uno dei modi consentiti dall’ordinamento giuridico.

La Corte costituzionale ha ricondotto all’articolo 2 tutte le disposizioni in cui la Costituzione chiede al singolo cittadino o ad articolazioni della comunità di esercitare prerogative, facoltà, responsabilità, doveri connessi allo svolgimento di attività che presentino profili di interesse generale. Esiste un principio generale della collaborazione civica in base al quale ogni cittadino è, secondo i casi, obbligato o facultato a svolgere attività richieste, con carattere di assoluta e urgente necessità, nel comune interesse, per far fronte a eventi rispetto ai quali, data la loro eccezionalità o imprevedibilità, le autorità costituite non siano in grado di intervenire con la necessaria tempestività, oppure in misura sufficiente al bisogno. Il ricorso al privato viene ricondotto all’art. 2 Cost. e al riferimento ai “doveri di solidarietà sociale”³⁰.

28 La Corte costituzionale ha utilizzato l’argomento della “comunanza di interessi” nelle decisioni nn. 23/1968, 112/ 1975, nn. 194/ 81, 187/1975, 40/1982, 423/1988, 188/1991, 174/2012, 285/2012, 223/2015. In dottrina v. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, pag. 45

29 Corte costituzionale, sentenza n. 70/1960

Il Giudice delle Leggi ha ricondotto il principio della comunanza di interessi anche ad un'altra norma costituzionale, l'art. 43 che contempla espressamente e proprio nell'ambito dei rapporti economici la possibilità per «comunità di lavoratori o di utenti» di ottenere la riserva di «determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio e abbiano carattere di preminente interesse generale». L'opzione della "collettivizzazione" può attuarsi attraverso la "socializzazione"³¹.

Le comunità di lavoratori o di utenti appaiono, quindi, come un'espressione diretta dell'"organizzazione politica, economica e sociale del Paese, cui i cittadini hanno diritto di partecipare contribuendo alla realizzazione della "democrazia economica"³².

La disposizione costituzionale riflette la volontà del legislatore costituente di affidare l'iniziativa economica a formazioni sociali dotate di un sufficiente grado di autonomia, ritenendole soggetti non animati da mire egoistiche di lu-

30 Così C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova 1954, p. 69 e 83, nel 1954 aveva visto nell'unità e indivisibilità della Repubblica "non un principio direttivo positivo" ma "un limite al riconoscimento delle autonomie, che costituiscono invece il principio positivo", ricavandone una sorta di divieto di "trasformare il pluralismo giuridico istituzionale in separazione o contrapposizione politica, di tal che lo stesso decentramento vuole che lo Stato da meccanismo mosso dal centro si muti in organismo vivente, composto da parti viventi, nel quale alla molteplicità degli organi corrisponde una molteplicità di vita e di centri di azione". F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Padova 1996, p. 49, era giunto a identificare la Repubblica con lo Stato comunità, quale "insieme dato da tutti i soggetti dotati di personalità giuridica e da tutte le società o associazioni o organismi dotati di personalità giuridica che agiscano nell'ambito dello stesso ordinamento". Cfr. G. DOSSETTI "Persona, Stato e comunità intermedie" in "Iustitia", 1953. Cfr. ampiamente F. BASSANINI, *Le Casse di Previdenza nel contesto dell'evoluzione della forma di Stato*, cit.; C. IAIONE, *Città e beni comuni*, in G. Arena, C. Iaione, *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012, p. 141.

31 C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959, pag. 174; C. BUCCI, *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1990; V. A. LUCARELLI, *Art. 43*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, pag. 883 ss.

32 Cfr. A. BERTOLINO, *L'attività economica, funzioni e forme organizzative del lavoro. Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, I, Firenze, 1950. p. 434; e U. COLI, *Proprietà ed iniziativa privata*, ivi, pag. 378.

cro o di vantaggi politici, ma tendenti alla realizzazione di un interesse generale³³.

Le funzioni dello Stato vengono raramente svolte dall'intera collettività statale e generalmente si può tracciare una distinzione tra istituzioni dello Stato comunità, di cui fanno parte gli organi che svolgono funzioni *super partes*, e quelle dello Stato apparato, ossia quegli organi che presiedono alla cura di interessi specifici che lo Stato ordinamento riconosce come propri della funzione amministrativa.

Il legislatore ha preferito evitare di affidare allo Stato apparato tutte le funzioni tipiche di interesse generale, preferendo distribuirle tra organi e istituzioni dello Stato comunità, improntati al principio di autonomia, inteso come libertà di organizzarsi, purché non si pongano in contrasto con lo Stato³⁴.

In questa concezione dello Stato comunità comprensiva delle comunità intermedie come diretta applicazione del principio pluralista e di quello di sussidiarietà, si collocano le Casse previdenziali, come parti dello Stato comunità.

Alcuni in dottrina ritengono che le Casse previdenziali appartengono ad una terra di mezzo fra Stato e mercato che si chiama "società"³⁵. Come lo Stato-apparato, ma diversamente dal mercato, le Casse previdenziali appaiono orientate verso un fine pubblico, di interesse generale, ma allo stesso tempo esse perseguono interessi comuni ed endocategoriali come le altre formazioni sociali. Per tali ragioni, il legislatore gli ha riconosciuto una libertà di azione simile agli operatori di mercato, che si riflette anche nella libertà di scelta della propria morfologia.

Le Casse di previdenza, infatti, sono originariamente soggetti pubblici formalmente privati, divenute soggetti privati, ma sempre funzionali alla cura di

33 V. ONIDA, *Conclusioni*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito*, Crisafulli, Paladin, Padova, 2004, pag. 255-261.

34 A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1978, pag. 4; C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959, pag. 174.

35 C. IAIONE, *Le Casse di Previdenza come strumento di autoorganizzazione delle comunità di professionisti*, in *Rivista Astrid*, 2017

interessi generali, così come le fondazioni di tipo associativo, associazioni e organizzazioni civiche, ed al pari di queste devono essere sottoponibili ad una medesima disciplina giuridica “mista” tra pubblico e privato, una terza via tra enti pubblici e privati³⁶.

La peculiare organizzazione delle casse della comunità di professionisti non può non ricordare le altre comunità di soggetti che la Costituzione, ai sensi degli artt. 2 e 38 Cost., riconosce come fenomeno della società civile che nascono come autonoma risposta all'insufficienza dell'azione dello Stato, traendo la loro ragion d'essere dalla solidarietà sociale. Il principio solidarista è infatti posto dalla “*Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico ... come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente*”³⁷; queste comunità, “*ricevono diritti e restituiscono dovere, secondo quanto risulta dall'art. 2 Cost.*”³⁸.

È con l'affermazione del principio di sussidiarietà che la Costituzione riconosce l'istanza pluralistica, nella sua duplice accezione di pluralismo sociale e di pluralismo istituzionale. Questa evoluzione istituzionale verso uno Stato in cui i cittadini e la società civile, anche e soprattutto attraverso le loro formazioni sociali, rivestono un ruolo centrale di attore autonomo e distinto dell'ordinamento impregna la Costituzione fin dalle radici nel momento in cui essa afferma il principio della sovranità popolare³⁹.

4. La controversa natura

Dalla disamina precedente emerge il carattere ibrido delle Casse previdenziali che devono erogare la previdenza di base ai loro iscritti, sui quali grava un obbligo contributivo. Il legislatore ha, infatti, escluso la possibilità di finanziamenti pubblici in loro favore, ma, allo stesso tempo ha previsto un sistema

36 G. ROSSI, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto tra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, 1979; L. ELIA, G. BUSIA, *Stato democratico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, pag. 56 ss.

37 Corte costituzionale, sentenza n. 519/1995

38 Corte costituzionale, sentenza n.172/1999

39 V. ATRIPALDI, *Il patto costituzionale in Assemblea costituente*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffa*, Milano, 1987, pag. 22 ss.

di controlli che fa capo al Ministero del lavoro, a quello dell'economia ed alla Corte dei Conti.

Questo intreccio di elementi pubblicistici e privatistici ha fatto sorgere alcuni interrogativi: ci si è chiesti se le Case previdenziali possano ritenersi amministrazioni pubbliche ed entro quali limiti.

Su tale questione si è pronunciato in più occasioni il Consiglio di Stato⁴⁰ che, con la sentenza n. 6014/2012, ha affermato che l'attrazione nella sfera privatistica, operata con il d.lgs. 509/1994, riguarderebbe solo il regime della personalità giuridica, circostanza confermata anche dall'attribuzione a tali enti di forme di autonomia gestionale, organizzativa e contabile. Ma la norma citata non ha modificato il carattere pubblicistico dell'attività (di previdenza ed assistenza) istituzionale svolta, tale ragionamento ha trovato accoglimento anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 7645/2020⁴¹. La privatizzazione, pertanto, si configurerebbe come un'innovazione di carattere organizzativo.

Lo svolgimento di un'attività riconosciuta di rilevanza pubblica e costituzionale viene ritenuta la principale ragione del sistema di controlli e vigilanza affidato allo Stato, mentre alla natura privatistica della soggettività giuridica vengono ascritti taluni poteri riconosciuti alle Casse previdenziali, come quello di dismissione del patrimonio immobiliare⁴² e, più in generale, l'autonomia gestionale, organizzativa, amministrativa e contabile.

In tale sentenza viene innanzitutto dichiarata una convinta adesione alla tesi di cui si è sin qui dibattuto.

In secondo luogo la figura soggettiva che veniva in considerazione – e i cui amministratori, ad avviso delle Sezioni Unite, devono soggiacere al regime sostanziale e processuale della responsabilità amministrativa per danno erariale

⁴⁰ Nel senso del riconoscimento della pubblicità della sola attività istituzionale delle casse, ferma restando la natura privata delle medesime, si veda: Cons. St., sez. VI, n. 4882/2014; Id., n. 6014/2012; TAR Lazio, Roma, sez. III bis, n. 2169/2013.

⁴¹ Corte di Cassazione, SS.UU., n. 7645/2020.

⁴² Cons. di Stato, n. 4882/2014.

– era l'Ente nazionale di previdenza ed assistenza dei medici e degli odontoiatri (Enpam, ovvero una delle peculiari fondazioni istituite ai sensi del d.lgs. n. 509/1994, il cui art. 1, comma 2, come è noto, le qualifica espressamente – e in maniera del tutto analoga alla qualificazione che l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 153/1999 dà delle fondazioni di origine bancaria⁴³ – alla stregua di «enti senza scopo di lucro», dotati di «personalità giuridica di diritto privato, ai sensi degli articoli 12 e seguenti del codice civile».

Le previsioni di cui all'art. 38, inserite nel titolo terzo della Costituzione dedicato alla disciplina dei rapporti economici, connotano uno dei tratti qualificanti la forma di Stato democratico-sociale, nel quadro dell'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli che impediscono la partecipazione di coloro che lavorano alla vita economica, sociale e politica della Nazione (art. 3, co. 2, Cost.): l'impegno dello Stato ad assicurare forme di previdenza ed assistenza non è cioè un aspetto secondario del vigente ordine costituzionale ma ne integra un connotato essenziale ed irrinunciabile. Il che equivale a dire che l'interesse pubblico affidato alle casse professionali, così come agli altri enti previdenziali, è un interesse pubblico di straordinario rilievo e di rango propriamente costituzionale⁴⁴.

43 Sulle fondazioni di origine bancaria Cfr. *ex multis*, F. CAPRIGLIONE, *Privatizzazioni e mercato: le fondazioni bancarie*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1996; ID *Operatività delle fondazioni bancarie e dismissione del 'controllo' sulle s.p.a. conferitarie*, in *Mondo bancario* – 1999; ID *Le fondazioni bancarie dalla 'legge Ciampi' alla 'riforma Tremonti'. Vicende di una travagliata storia*, in *Mondo bancario* – 2002; ID *Politica e finanza. Ruolo e prospettive delle fondazioni bancarie*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia* – 2013; F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronaca di una riforma decennale*, Torino, 2000, 3 ss. e 107 ss. Cfr. sul tema la sentenza n. 300/2003 della Corte costituzionale, con commenti di A. MALTONI, *Le fondazioni di origine bancaria al vaglio del giudice delle leggi: enti privati a «statuto speciale»*, in *Nuove leggi civili commentate (Le)*, n. 6/2003; G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine bancaria nell'«ordinamento civile»: alla ricerca del corretto equilibrio tra disciplina pubblica e autonomia privata*, in *Corriere giuridico (Il)*, n. 12/2003; C. BOTTARI (a cura di), *Fondazioni di origine bancaria e fondazioni di comunità locale*, Milano, 2005, pp. XII-442F; F. BASSANINI, *Le Fondazioni di origine bancaria, il sistema creditizio e la Repubblica della sussidiarietà*, in *Astrid Rassegna*, n. 15/2006;

44 G. COLAVITTI, *Le Casse professionali tra autonomia e controllo pubblico*, in *Federalismi.it*, n. 11/2021.

Le Casse professionali sono enti privati che curano un interesse pubblico di rilievo tale da assurgere al rango propriamente costituzionale; è uno dei casi – invero sempre più frequenti nell'ordinamento, alla luce del principio di sussidiarietà – nei quali la cura degli interessi pubblici è affidata non già allo Stato apparato, a qualche sua articolazione o ad un ente pubblico, bensì ad un ente privato: potremmo dunque ipotizzare che, almeno in via di principio, e salve diverse prescrizioni normative, le casse professionali, attesa la natura giuridica individuata dal diritto positivo, possano seguire, sul piano operativo e gestionale, forme e moduli di azione giuridica regolati dal diritto privato. In condizioni di autonomia piena, o semi-piena. Tale conclusione si rivela invero semplicistica, anche ad un sommario esame degli orientamenti più recenti della giurisprudenza italiana ed europea: la natura giuridica formalmente privata non è di per sé condizione sufficiente a collocare con certezza la disciplina giuridica di un ente nella sfera del diritto privato, così come d'altro canto, la natura giuridica formalmente pubblica non è di per sé condizione sufficiente per predicare la sicura applicazione di tutte le discipline pubblicistiche all'ente stesso⁴⁵.

Nel corso degli ultimi anni la nozione di pubblica amministrazione si è progressivamente frantumata e relativizzata⁴⁶, con il carattere flessibile della nozione di ente pubblico che hanno mutato l'assetto tradizionale: se prima la pubblica amministrazione evocava l'immagine di un pianeta con i suoi satelliti (l'amministrazione statale, in posizione di centralità, con gli altri enti pubblici che le gravitavano intorno), oggi essa ha invece assunto le sembianze di una costellazione multilivello e policentrica⁴⁷.

L'individuazione della natura giuridica non è di per sé dirimente ai fini dell'accertamento della natura degli atti compiuti, delle situazioni soggettive in rilievo e del riparto di giurisdizione. Del resto, nella conclamata crisi della sog-

45 G. COLAVITTI, *op.cit.*

46 F. FIMMANÒ, G. GRÜNER, *Fondazioni di origine bancaria e controllo della Corte dei conti*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 6/2020.

47Ivi

gettività alla natura giuridica di un soggetto non corrisponde più necessariamente un'unica e predeterminata disciplina, dovendo l'interprete procedere ad un'opera di ritaglio calibrata sull'attività concretamente realizzata e sugli interessi perseguiti⁴⁸.

Vi sono soggetti di diritto privato, inquadrati in un sistema pubblicistico, che esercitano ora poteri di autonomia privata ed ora potestà amministrative, con applicazione di regimi giuridici differenti in ragione della natura dell'atto di volta in volta in rilievo.

Non è la natura del soggetto che agisce né il tipo di attività svolta, ma la natura dell'interesse da tutelare che determina il regime degli strumenti a disposizione che devono essere adeguati a tale finalità.

Dunque, il tradizionale rilievo pubblicistico può dirsi, oggi, definitivamente transitato dal profilo formale della natura giuridica del soggetto al profilo sostanziale dell'attività svolta e degli interessi perseguiti, come peraltro è anche emerso dalla “nuova” giurisprudenza del Supremo Consesso amministrativo⁴⁹.

Recentemente il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1931/2021 ha sostenuto la tesi della giurisdizione amministrativa⁵⁰, ricordando un precedente pare-

48 Senza pretesa di esaustività cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003; ID., *Soggetti privati “enti pubblici”?*, in *Dir. amm.*, 2003; V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2005, p. 13 e ss.; ID., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011; G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; Cfr. altresì l'intero numero della rivista *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2021, con i contributi di F. APERIO BELLA, M. BELLAVISTA, B. MAMELI, F.G. ANGELINI, G. TROPEA. Sulle società operanti nell'orbita delle pubbliche amministrazioni, cfr., nella vastissima letteratura: C. IBBA, *Le società “legali”*, Torino 1992; ID., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, 2009; S. DE GOTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014; G. P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018; A. MALTONI, *Le società “legali”*, in *Omnia, Trattati giuridici, Trattato delle società*, settembre 2022.

49 Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 26/05/2015 n° 2660.

50 Tutto nasce dal fatto che gli enti e le Casse previdenziali hanno impugnato le Linee guida per l'effettuazione di pagamenti a favore delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di pub-

re (n. 2122/2017) con il quale lo stesso Consiglio di Stato ha inquadrato le Linee guida, qui impugnate, sotto il profilo della gerarchia delle fonti, come un atto di regolazione seppur di natura tecnica, con la conseguenza che le medesime dovrebbero ritenersi pienamente giustiziabili dinanzi al giudice amministrativo, così come, peraltro, già statuito dallo stesso Consiglio di Stato con il parere n. 855/2016 in relazione alle linee guida vincolanti adottate dall'ANAC. La IV Sezione del Consiglio di Stato non ha ritenuto condivisibile la prospettazio-

blici servizi (Determina n. 209/18), adottate dall'Agenzia per l'Italia digitale - AGID, nella parte in cui prevedono l'adesione al sistema "PagoPA" anche per gli enti "di cui all'elenco annuale ISTAT relativo alle amministrazioni pubbliche inserite nel conto consolidato, individuate ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge n. 196/2009", ritenendo le suddette Linee guida in contrasto con gli artt. 2 e 5 del d.lgs. n. 82 del 2005; con l'art. 10 della legge n. 141 del 1992; con il d.m. del 22 maggio 1997 e con l'art. 97 della Costituzione.

Il Tar adito aveva deciso:

- a) escludendo qualsiasi "estensione automatica dell'obbligo di adesione al sistema "pagoPA" alle Casse ricorrenti sulla base della citata circolare MEF n. 1 del 2015 o dell'art. 1, comma 209, della Legge n. 244/2007, volto esclusivamente alla definizione della platea dei soggetti tenuti all'osservanza degli obblighi di fatturazione elettronica, tema del tutto distinto e non sovrapponibile alla diversa materia dei pagamenti alle P.A. mediante l'apposita piattaforma tecnologica, a cui si riferiscono gli artt. 5 e 15, comma 5 bis del CAD, l'art. 15, comma 5bis del decreto-legge 179/2012 e le Linee guida in oggetto";
- b) ritenendo la stessa nozione di "gestore di servizio pubblico", per quanto ampia ed elastica, non capace di includere enti peculiari quali le Casse di Previdenza ed Assistenza che non sembrano riconducibili ad alcun modello (per quanto ampio e articolato) di soggetto affidatario di un servizio pubblico o di pubblico interesse;
- c) che, in virtù delle peculiarità dell'attività propria delle Casse previdenziali privatizzate, non riconducibile alla comune nozione di "servizio pubblico", così come per la loro veste soggettiva di "enti di diritto privato" (nella forma, a seconda dei casi, dell'associazione o fondazione), direttamente investiti "ex lege" di una funzione previdenziale-assistenziale (quindi non riconducibili al modello del "concessionario" né dell'affidatario di un pubblico servizio), l'assoggettamento all'obbligo di aderire alla piattaforma "pagoPA" non avrebbe potuto prescindere da una menzione espressa nella legge di questa tipologia di enti e, pertanto, in assenza di previsione espressa, l'assoggettamento non poteva ritenersi desumibile dal generico richiamo al "genus" eterogeneo dei "gestori di servizi pubblici";
- d) che la finalità dell'obbligo di aderire al sistema nazionale dei pagamenti elettronici è costituita dal "conseguimento degli obiettivi di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica in materia informativa ed al fine di garantire omogeneità di offerta ed elevati livelli di sicurezza", ma "proprio le Casse di Previdenza Private sono state esplicitamente escluse dall'ambito di applicazione delle norme di contenimento della spesa pubblica, dall'art. 1, comma 183, della legge n. 207 del 2017", norma che sarebbe "stata emanata a seguito della sentenza n. 109 dell'11 gennaio 2018, con cui la Sez. IV del Consiglio di Stato, riformando una pronuncia del Tar Lazio, ha negato che una Cassa di Previdenza Privata fosse soggetta agli oneri di razionalizzazione della spesa pubblica, secondo la norma generale dettata per le Pubbliche Amministrazioni (nel caso di specie, dal comma 3 dell'art. 8 del d.l. n. 95 del 2012). Nel corso del giudizio di secondo grado, sulla legittimità costituzionale del menzionato art. 8 si è espressa la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 7 del 2017, ha ritenuto la norma incostituzionale laddove la

ne del ricorrente circa la illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 5 bis, del d.l. n. 179/2012 per violazione degli artt. 3, 38 e 97 Cost.

Nel merito, si è osservato che le Casse e gli Enti previdenziali, in relazione alle loro funzioni istituzionali, che trovano anche una rispondenza nell'art. 38 della Costituzione, pur non rientrando nella definizione di "Pubblica Amministrazione" dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, sono attratti nella sfera dei soggetti che gestiscono un servizio di rilievo pubblicistico e che chiari indici di ciò sono il potere di vigilanza ministeriale, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 509/1994, nonché la sottoposizione al controllo della Corte dei Conti sulla gestione.

Tale controllo che non viene esplicitamente qualificato dal legislatore è da intendersi ai sensi dell'art. 3, comma 4 e ss. della legge n. 20/1994, al fine di assicurarne la legalità e l'efficacia. Il controllo in questione non è riconducibile a – ma, anzi, è «essenzialmente diverso» da – quelli ai quali si riferisce l'art. 100, comma 2, Cost. Si tratta, infatti, di un istituto che il Costituente non ha previsto, ma la cui attuazione non è preclusa dalle norme costituzionali sui controlli. Le differenze “di fondo”, rispetto ai controlli contabili e di legittimità, sono due. Mentre i primi hanno ad oggetto i singoli atti, il secondo riguarda l'attività considerata nell'insieme dei suoi effetti operativi e sociali. Mentre, con riferimento ai primi, la Corte dei Conti è chiamata a «verificare, con una valutazione *ex ante*, la conformità di determinati atti della pubblica amministrazione rispetto alle previsioni legislative e di bilancio, tenendo conto anche degli obiettivi prefissati dal legislatore», con riferimento al secondo, invece, essa «*verifica [...] la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione*» e «*Accerta, anche in base all'esito di altri controlli, la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione amministrativa*» (art. 3, comma 4).

si interpreti nel senso che le Casse siano onerate a versare annualmente l'importo determinato dalla norma citata a favore del bilancio dello Stato."

Si tratta, perciò, di una forma di controllo radicalmente diversa dal paradigma dei controlli contabili e di legittimità, poiché non si basa (soltanto) su parametri di stretta legalità, ma (soprattutto) sulla verifica della corrispondenza strategica tra obiettivi e risultati, alla stregua dei principi di efficienza, efficacia ed economicità⁵¹.

In riferimento alla loro inclusione nel conto consolidato ISTAT, gli Enti e le Casse di previdenza privatizzate fruiscono di finanziamenti pubblici, sia pure in modo indiretto e mediato, attraverso risorse comunque distolte da quelle destinate a fini generali; tale conclusione è resa ancora più evidente dal fatto che il legislatore ha ricompreso il settore della previdenza complementare nella normativa dettata in tema di controllo del disavanzo del settore ai sensi della legge n. 662/1996 nonché nella riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare ai sensi della legge n. 335/1995.

Da un punto di vista strettamente normativo, l'art. 15, comma 5 bis, del d.l. n. 179/2012 (c.d. decreto crescita 2), convertito in legge n. 221/2012, che prevede l'obbligo di avvalersi del sistema unico di incasso e pagamento di cui all'art. 81 del d.lgs. n. 82/2005, riferisce tale obbligo alle pubbliche amministrazioni *tout court*, senza alcun riferimento all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, per cui le Linee guida, nel dare attuazione al dettato normativo primario, hanno considerato tutti i soggetti sottoposti al Codice dell'Amministrazione digitale - CAD, tra cui quelli che gestiscono servizi che hanno un rilievo di interesse generale pubblici e quindi, per quanto sopra argomentato, anche le Casse e gli Enti previdenziali privatizzati.

Da un punto di vista logico e sistematico, l'obbligatorio inserimento nel sistema di pagamento in questione si inquadra nel processo di digitalizzazione dei flussi finanziari sia dal lato delle entrate che delle uscite di tutti i soggetti che, in quanto inseriti nel c.d. elenco dell'ISTAT, ineriscono comunque al bilancio dello Stato.

51 F. FIMMANÒ, G. GRÜNER, *op. cit.*

L'inserimento degli enti e della Casse previdenziali private riflette pienamente la "volontà" del legislatore, così come esplicitata sia a livello eurounitario sia a livello interno dal comma 5 bis dell'art. 15 del d.l. n. 179/2012 convertito in legge n. 221/2012, che non reca alcuna delimitazione alla definizione di Pubbliche Amministrazioni con riferimento all'ambito applicativo del Codice per l'Amministrazione digitale soltanto al perimetro disegnato dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001.

Gli Enti in esame conservano, nonostante la privatizzazione avvenuta sotto il profilo organizzativo, una funzione strettamente correlata all'interesse pubblico, per cui l'obbligatoria utilizzazione della piattaforma di pagamento Pa-goPA non appare eccentrica rispetto a tale loro funzione.

5. Applicabilità del d.lgs. n. 50/2016

In merito al rispetto di tali Enti del d.lgs. n. 50/2016 (d'ora in poi "Codice dei Contratti pubblici" o "Codice") occorre analizzare se tali Enti siano o meno configurabili come organismi di diritto pubblico.

Le Casse professionali soddisfano certamente i primi due requisiti (hanno la personalità giuridica, e svolgono una missione istituzionale di interesse pubblico), la dottrina s'interroga se soddisfano quello che consiste nella c.d. influenza pubblica dominante. È infatti consolidata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia la conclusione che, per essere definibile come tale, l'organismo di diritto pubblico deve essere "dipendente strettamente dallo Stato, da enti pubblici, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico"⁵².

In dottrina si sostiene che l'obbligatorietà dei contributi fissata per legge non può del resto essere considerata una forma di finanziamento pubblico⁵³.

⁵² Corte di giustizia, 1 febbraio 2001, in causa C-237/99, punto n. 39. In dottrina G. COLAVITTI, *op. cit.* Sulla nozione di organismo di diritto pubblico Cfr. *ex multis* M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; S.VINTI, *Organismo di diritto pubblico*, in *Diritto online*, 2016.

⁵³ G.COLAVITTI, *op.cit.*

Nell'escludere espressamente la natura di organismo di diritto pubblico in capo agli ordini professionali, la Corte di Giustizia UE ha preso in esame proprio la questione della imposizione dell'obbligo contributivo a carico degli iscritti. Secondo la Corte, un ordine professionale con personalità giuridica di diritto pubblico non soddisfa il requisito del finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, quando è invece finanziato dai contributi degli iscritti, anche se il potere impositivo è fissato dalla legge, giacché la legge non stabilisce *“la portata e le forme delle attività che tale organismo deve svolgere nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni istituzionali”*; e non soddisfa neanche il requisito del controllo di gestione *“per il solo fatto che la decisione con cui lo stesso organismo fissa l'importo dei suddetti contributi deve essere approvata da un'autorità di controllo”*⁵⁴. La Corte di Giustizia ha escluso la “dominanza pubblica” proprio perché la legge tedesca, nel caso di specie, non consente allo Stato di influenzare lo svolgimento delle funzioni dell'ente, anche se fissa il potere impositivo.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 32608/2019 hanno escluso la sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti nel caso di pregiudizio arrecato al bilancio di un ente trasformato in fondazione di diritto privato, sul presupposto che quest'ultimo non possa essere configurato come una vera e propria “amministrazione pubblica”; in un'altra ordinanza, la n. 7645/2020, invece, la suddetta giurisdizione viene radicata sull'assunto che il medesimo ente, pur conservando una veste privatistica, debba essere qualificato come organismo di diritto pubblico e dunque ricompreso tra le pubbliche amministrazioni.

Le Casse previdenziali svolgono di fatto la funzione pubblicistica espressamente prevista dall'art. 38 della Costituzione, consistente nello svolgimento dell'attività di previdenza e assistenza a favore dei liberi professionisti.

Quanto al requisito dell'influenza dominante, le Casse non sono finanziate in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri

⁵⁴ Corte di giustizia 12 settembre 2013, in causa C-526/201.

organismi di diritto pubblico, né i propri organi sono costituiti da membri designati per più della metà dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Tuttavia, dalla lettura degli artt. 2 e 3 del d.lgs. 509/94 (applicabili, in generale, a tutte le Casse previdenziali), si evince che il controllo esercitato dallo Stato è particolarmente incisivo.

Tali articoli, invero, evidenziano numerosi ed incisivi momenti di ingerenza e intervento nell'attività gestionale, organizzativa e contabile dell'Ente previdenziale privatizzato: si veda, ad esempio, la previsione della nomina – ad opera del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, di concerto con il Ministro del Tesoro e gli altri Ministri competenti – di un commissario straordinario con il compito di salvaguardare la corretta gestione dell'ente, nel caso in cui gli organi di amministrazione e di rappresentanza si rendano responsabili di gravi violazioni di legge afferenti alla corretta gestione dell'associazione o della fondazione.

Si veda, altresì, la previsione del potere di vigilanza affidato al Ministero del lavoro e della previdenza sociale e agli altri Ministeri di cui all'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 509/94. Nell'esercizio della vigilanza, in particolar modo, i suddetti Ministeri approvano lo statuto e i regolamenti delle Casse previdenziali nonché le delibere in materia di contributi e prestazioni. Il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, d'intesa con i Ministeri di cui al comma 1, può formulare motivati rilievi sui bilanci preventivi e i conti consuntivi, sulle note di variazione al bilancio di previsione, sui criteri di individuazione e di ripartizione del rischio nella scelta degli investimenti e sulle delibere contenenti criteri direttivi generali. Nel collegio dei sindaci delle Casse previdenziali deve essere assicurata la presenza di rappresentanti delle predette Amministrazioni.

Inoltre, è appena il caso di rammentare, che anche l'Allegato IV del Codice dei contratti pubblici (rubricato “*Elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico nei settori ordinari*”) qualifica espressamente come organi-

smi di diritto pubblico gli enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza, come la Casse qui analizzate.

Anche il Consiglio di Stato ha preso in passato posizione sul punto. In particolare, con sentenza n. 6014/2012, il Supremo Consesso amministrativo ha ritenuto che la privatizzazione degli enti previdenziali operata dal d.lgs. n. 509/1994, ha riguardato il solo regime della personalità giuridica, lasciando invece ferma l'obbligatorietà dell'iscrizione e della contribuzione. Oltre a ciò, è rimasta ferma la natura di pubblico servizio dell'attività svolta, il Consiglio di Stato, invero, ha rilevato che *“il finanziamento connesso con gli sgravi e la fiscalizzazione degli oneri sociali, insieme alla obbligatorietà dell'iscrizione e della contribuzione, garantiti agli Enti previdenziali privatizzati dall'art. 1 comma 3 del predetto decreto legislativo, valgono a configurare un sistema di finanziamento pubblico, sia pure indiretto e mediato attraverso risorse comunque distolte dal cumulo di quelle destinate a fini generali”*.

Da ultimo, con la più volte menzionata ordinanza n. 7645/2020, le SS.UU. della Suprema Corte di Cassazione hanno definitivamente chiarito gli aspetti pubblicistici degli enti previdenziali, precisando per l'Ente in questione⁵⁵, che *“Viene altresì in evidenza la disposizione (l'allegato IV del codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. 50/2016) ... che qualifica la Fondazione Enpam come organismo di diritto pubblico. E sebbene la detta qualificazione sia destinata a rilevare sul piano della disciplina di derivazione comunitaria in materia di aggiudicazione degli appalti ad evidenza pubblica e a garantire la massima concorrenza tra operatori economici ... non v'è dubbio che l'applicazione delle regole in materia di contratti pubblici è altresì funzionale ad una maggiore attenzione alla gestione delle “risorse pubbliche”, consentendo all'ente aggiudicatore di individuare il miglior operatore economico, in una logica anche di trasparenza e di spesa più efficiente”*.

6 Conclusioni

Stante quanto fin qui descritto occorre fare delle brevi conclusioni.

⁵⁵ Fondazione Enpam - Ente nazionale di previdenza e assistenza medici

Come abbiamo avuto modo di analizzare le Casse previdenziali subiscono numerosi controlli da parte dei poteri pubblici, nonché i tutti gli iscritti alle Casse hanno l'obbligatorietà dell'iscrizione e quindi del finanziamento – che non consente la libertà di agire in modo diverso, né eventualmente recedere.

Questo fa presagire che esiste anche il terzo requisito dell'influenza pubblica dominante per poter essere definito organismo di diritto pubblico.

Pertanto le Casse previdenziali rientrano nell'alveo della categoria degli organismi di diritto pubblico di cui all'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016, e quindi assoggettate all'integrale rispetto del Codice dei contratti.

Ma non è solo questo il ragionamento da fare, a parere di chi scrive, la normativa - analizzata - intervenuta non ha modificato il carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza ed assistenza, che mantiene non solo una funzione strettamente correlata all'interesse pubblico, ma è ispirato ad un criterio solidaristico e non già esclusivamente mutualistico⁵⁶. È tale connotazione solidaristica che giustifica e legittima l'obbligatorietà dell'iscrizione alla Cassa e la sottoposizione dell'iscritto al suo regime previdenziale e segnatamente agli obblighi contributivi. Si ha quindi che l'iscritto che obbligatoriamente accede al sistema previdenziale della Cassa (anche se magari ente con personalità giuridica di diritto privato), partecipa, nel complesso ed in generale, al sistema delle prestazioni di quest'ultima, il cui intervento, al verificarsi di eventi coperti dall'assicurazione di natura previdenziale, si pone in rapporto causale con l'obbligo contributivo senza che sia necessario alcun più stretto ed individualizzato nesso di corrispettività sinallagmatica tra contribuzione e prestazioni⁵⁷. È questo criterio solidaristico che assicura la corrispondenza al paradigma della tutela previdenziale garantita dall'art. 38, secondo comma, Costituzione. I poteri pubblici è vero che non devono provvedere a farlo, ma utilizzano enti tra-

56 Sul criterio solidaristico della Costituzione cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; D. BORGONOVO RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in D. FLORENZANO - D. BORGONOVO RE - F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un'introduzione*, Torino, 2015, 53 ss.

57 Si veda Corte costituzionale, sentenza n. 67/2018

sformati di diritto privato e ne continuano a prevedere penetranti controlli. Non vi provvedono quindi direttamente⁵⁸, ma tramite enti che continuano a controllare. Il *nomen* pubblico o privato non è più dirimente, è il principio di sussidiarietà che fornisce un nuovo criterio nella distribuzione delle funzioni amministrative, secondo una logica di collaborazione istituzionale, pubblico privata; sono infatti gli enti, pubblici o privati, più vicini ai soggetti amministrati a risultare perciò anche i più idonei, come nel caso di questo studio, ad individuare i bisogni particolari. Ma sempre nel rispetto dei principi costituzionali.

Si tratta, a ben vedere, di un regime giuridico che potrebbe essere definito di diritto privato “particolare” o “eccezionale”, particolare o eccezionale in quanto strettamente connesso alle finalità cui deve tendere l’azione delle figure soggettive analizzate, coincidenti con interessi pubblici tradizionalmente affidati alla cura in concreto dei poteri pubblici e comunque previsti dalla Costituzione. La loro attività erogativa consente di riconoscere in capo alle Casse previdenziali – indipendentemente quindi sia dal *nomen*, sia dalla loro forma – l’esercizio di attività e funzioni pubbliche, considerato che non sussiste alcuna differenza tra la funzione pubblica, intesa come cura degli interessi pubblici, e la funzione privata, intesa come perseguimento di interessi generali o collettivi⁵⁹.

58 S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, cit.

59 Su quest’ultimo punto, in relazione all’attività delle Fondazioni bancarie ed agli interessi perseguiti, si vedano G. MORBIDELLI, *Le attività delle Fondazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F.A. ROVERSI MONACO, M. CAMMELLI, L. VANDELLI (a cura di), *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?*, Bologna, 2012; F. FIMMANÒ, G. GRÜNER, *op. cit.*

JAKUB HANDRLICA

Full Professor at the Charles University in Prague

Visiting Fellow at the ELGS in Athens

jakub.handrlica@prf.cuni.cz

THE LAW OF NON-RECOGNISED STATES IN INTERNATIONAL ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT

Very recently, the question of the applicability of normative systems, established by non-recognised states, has been quite intensively discussed in the scholarship of international private law. Here, arguments were presented in support of the notion of application of these normative systems in certain relations of private law. However, the problem is also of importance with regard to the relations of administrative law, where a product of the application of law of these entities (such as a travel passport, a university diploma, or a driving licence) may also appear. This article aims to address the problem of non-recognised states from the standpoint of international administrative law. In line with the existing scholarship, this article argues that a strict distinction must be made between the recognition of a state in the sphere of international public law on one hand and the recognition of acts issued by non-recognised states on the other. The mere fact that an entity hasn't been recognised by the means of international public law does not automatically imply that the acts issued by the administration of such an entity can not be recognised abroad. This is in particular true in those cases where the basic human rights of an individual are concerned (the cases of humanitarian reservation). However, such recognition of acts issued by non-recognised states, can only serve to protect the rights of an individual and can not imply recognition of the entity by the executive of the concerned state.

KEYWORDS: Non-recognised states, de facto regimes, normative theory, factual theory, humanitarian reservation, recognition of foreign administrative acts, international administrative law

INDEX: 1. Introduction – 2. Overview of existing theoretical approaches to the problem – 2.1. Normative approach (the ‘one voice theory’) – 2.2. A proposal for using the ordre public reservation – 2.3. Factual approach – 2.4. Humanitarian approach – 3. A critical appraisal of existing theoretical approaches – 3.1. The relevance of the foreign statehood for administrative law – 3.2. The mirage of private-public divide – 3.3. Against ‘limped’ legal relations – 3.4. A treatise for the humanitarian reservation in administrative law – 3.5. A proposal for treatment of law of ‘non-recognised states’ – 4. A quest for international administrative law of the ‘non-recognised states’ – 5. Conclusions

1. Introduction

Since the collapse of the ‘Iron Curtain’, Europe^{1,2,3} has faced the emergence of territorial entities, which haven’t been recognised as sovereign ‘states’ by other members of the international community. In literature, these entities were once referred to by a myriad of terms, such as the ‘non-recognised states’⁴, the “unrecognised states”⁵ or the ‘de facto regimes’.⁶ Consequently, for the sake of uniformity, the first of these terms will be used throughout this article.

Several of these ‘non-recognised states’ have emerged as product of the collapse of the USSR and the consequent establishment of new regimes in the waste region of Eastern Europe. This was the case of the Pridnestrovian Moldavian Republic (Transnistria), which emerged as a breakaway state in the narrow strip between the Dniester River and the Moldovan-Ukrainian borders. In the post-Soviet Caucasus, several other non-recognised states have emerged, in

1 This research was funded by Czech Science Agency through its project 20-01320S “International Administrative Law: Legal Discipline Rediscovered”.

2 This is a written and much expanded version of my lecture at the European Law & Governance School in Athens, which was organised by the European Public Law Organisation on 26th October 2022.

3 In this paper, the term ‘Europe’ will be understood in its geographical meaning as a densely inhabited continent, which is bordered by the Arctic Ocean to the north, the Atlantic Ocean to the west, the Mediterranean Sea to the south and the Ural Mountains to the east.

4 See M. MINAKOV, *On the Extreme Periphery. The Status of Post-Soviet Non-Recognised States in the World System*, in *Ideology and Politics* 12/2019, pp. 32-79.

5 See A. TATARYN & E. ERTÜRK, *Unrecognised States: The Necessary Affirmation of the Event of International Law*, in *Law and Critique* 32/2021, pp. 331-345.

6 See J. VAN ESSEN, *De facto regimes in International Law*, in *Utrecht Journal of International and European Law* 28/2012, pp. 31-49 and J. ONDREJ, *The creation of new states and de facto regimes*, in *Czech Yearbook of Public and Private International Law* 6/2015, pp. 131-147. See also A. CULLEN & S. WHEATLEY, *The Human Right of Individuals in De Facto States under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review* 13/2013, pp. 691-728.

particular the Republic of Abkhazia, the Republic of Artsakh (formerly the Nagorno-Karabakh Republic) and the State of Alania (the Republic of South Ossetia).

In the 2010s, three other 'non-recognised states' appeared in Eastern Europe. While the existence of the non-recognised Republic of Crimea was a short-living one⁷, the Donetsk and Lugansk People's Republics lasted from their unilateral declarations in 2014 until their subsequent annexation by Russia in 2022.

In all the above-mentioned cases, these entities possessed effective control over certain territories. At the same time, the international community of states haven't recognised this control as being in compliance with international law and thus, most of the states haven't recognised these entities as sovereign states.⁸ It must be stressed that all these 'non-recognised states' emerged in situations of crisis, military and ethnic conflicts and are interconnected with the suffering and despair of their inhabitants.

The fact is that the emergence of 'non-recognised states' in Europe hasn't been isolated within the post-Soviet space. Several of them have also emerged in South-East Europe; the Turkish Republic of Northern Cyprus may serve as a salient example of such an entity. The existence of Kosovo as an independent state hasn't been recognised by several European states so far.⁹ Fur-

7 The independence of the Republic of Crimea was declared, in violation of the Ukrainian Constitution, by the Crimean Parliament and the Sevastopol City Council on 11th March 2014. The annexation of the newly declared republic by the Russian Federation followed at the end of the same month.

8 The Republic of Abkhazia was recognised by the Russian Federation (2008), Nicaragua (2008), Venezuela (2009), Nauru (2009) and Syria (2018). Formerly, it was also recognised by Tuvalu and Vanuatu, but both withdrew their recognition in 2013 and 2014 respectively. While both the Donetsk and Lugansk People's Republics have been considered proxy states of the Russian Federation, they haven't been recognised by the Russian Federation during the period of their existence. The same applies to the Republic of Artsakh, which has never received any recognition from the side of his closest ally in the region, the Republic of Armenia.

9 This is the case of Cyprus, Greece, Moldova, Romania, Russia, Serbia, Slovakia, Spain and Ukraine.

ther afield in the Middle East, the State of Palestine still remains to represent an entity which hasn't gained recognition by many of the states of Europe.

Despite the non-recognition of these entities by the international community of states, their existence remains a matter of fact.¹⁰ They maintain economic relations with other territories and, to some extent, also attempted to establish their own diplomatic relations abroad.¹¹ These 'non-recognised states' establish their own systems of public administration and judicial power.¹² They support their own primary and higher education and, in several cases, their own institutions that provide university education. The Taras Shevchenko State University of Tiraspol and the Abkhaz State University of Sukhumi are salient examples of such university institutions.¹³ Several authors presume the existence of these entities will extend into the following decades.¹⁴ What is most interesting from the standpoint of public law, these 'non-recognised states' both produce and enforce their own law in the territories which they effectively control.¹⁵

10 See L. HAMID & J. WOUTERS, *De facto regimes in the areas of limited statehood and the international rule of law*, in *Rule of Law and Areas of Limited Statehood: Domestic and International Dimensions*, edited by L. HAMID & J. WOUTERS, Cheltenham, Edward Elgar 2021, pp. 49-72.

11 For example, the Republic of Artsakh operates five permanent Missions (in Armenia, Australia, Germany, Russian Federation and in the United States) and one Bureau of Social-Political Information in France. However, due to non-recognition of the Republic of Artsakh from these states, neither of the missions is of official diplomatic nature. See C. RYNGAERT & S. SOBRIE, *Recognition of States: International Law or Realpolitik*, in *Leiden Journal of International Law* 24/2011, pp. 467-490.

12 See L. HOCH, *De facto statehood*, in *De facto states in Eurasia*, edited by L. HOCH & V. KOPEČEK, London, Routledge, 2019, pp. 16-26.

13 See B. COPPIETERS, *A Struggle over Recognition and Nonrecognition, The Internationalisation of the Abkhaz State University*, in *Nationalities Papers*, 69/2022, pp. 1-22.

14 See B. BOWRING, *International Law and Non-recognized Entities. Towards a Frozen Future?*, in *Unrecognized Entities, Perspectives in European, International and Constitutional Law*, edited by B. C. HARZL & R. PETROV, Leiden, Brill Nijhoff, 2022, pp. 9-29. Other authors have paid considerable attention to the process of failure and disappearance of non-recognised states. See eg. See V. KOPEČEK, *Possible ends of de facto states*, in *De facto states in Eurasia*, edited by L. HOCH & V. KOPEČEK, London, Routledge, 2019, pp. 320-336.

15 The fact is that academic works on public law of the 'non-recognised states' are still scarce. See eg. J. WOLFSCHWENGER & L. LEONTIEV, *The Legal System of Transnistria*, in *Unrecognized Entities, Perspectives in European, International and Constitutional Law*, edited by B. C. HARZL & R. PETROV, Leiden, Brill Nijhoff, 2022, pp. 249-269; in the same volume, see also G. GABRICHIDZE, *The Legal Systems of Georgia's Breakaway Regions*, pp. 229-248 and T. GHAZARIAN,

The phenomenon of the law of 'non-recognised states' recently triggered the scholarship interest of international private law.¹⁶ Here, the question was posed whether a court can or cannot apply the (private) law which has been established by these entities, in order to govern certain relations of private law in their respective jurisdictions. In other words, the authors have asked, whether the law of the 'non-recognised states' may produce effects in other jurisdictions in the same vein as the law of sovereign states.

A marriage officiated in Somaliland, the succession of someone who died without leaving a will in Transnistria, Abkhazia or the State of Alania, as well as the capacity of the Republic of China (Taiwan) to stand in court may serve as few examples of these situations. In this regard, D. Gruenbaum recently argued¹⁷ that "*foreign law is applied neither as a favour nor as a service to a foreign state, nor as a means of maintaining diplomatic relations; rather, it is applied to resolve a legal problem in accordance with the most appropriate (...) normative order as determined by private international law. The reasons for recognising a state in international relations are not to be confused with the reasons for applying its law, so the application of the law of a foreign state does not imply recognition of that state*". One must bear in mind that this discussion concerns the applicability of laws produced by 'non-recognised states' in relations between two equal individuals, which means in the relations of private law.

However, the fact is that products of the law, established by 'non-recognised states' may also appear in the relations between the administration and

The Legal System of Nagorno - Karabakh, pp. 229-248 and R. PETROV, *The Legal Systems of the Donetsk/Lugansk Peoples Republics*, pp. 209-228. For a comparative analysis of the normative regimes, which have emerged in the 'non-recognised states' of the post-Soviet space, see V. TOSTYKH, M. GRIGORIAN & T. KOVALENKO, *Legal Systems of the Post-Soviet Non-recognised States*, in Russian law Journal 7/2019, pp. 81-100. For an outstanding and quite unique analysis on the law of the Islamic State, see F. L. RAMAIOLI, *Islamic state as a legal order: To have no law but Islam, between Shari'a and Globalisation*, London, Taylor and Francis, 2022.

16 See J. BASEDOW, *Non-recognised states in private international law*, Yearbook of Private International Law 20/2018-2019, pp. 1-14. Also see B. R. ROTH, *Governmental Illegitimacy in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 158-159.

17 See D. GRUENBAUM, *From Statehood to Effectiveness: The Law of Unrecognised States in Private International Law*, Rabel Journal of Comparative and International Private Law 86/2022, p. 599.

the individual, which are subjects of interest to this journal. In these kinds of relations, the following questions may appear: how should the administrative authority address a diploma, issued by the university in Transnistria; a travel passport, issued by the Lugansk People's Republics, a laissez-passer for a corpse, issued by the Republic of Artsakh, an act issued by a tax authority of the Turkish Republic of Northern Cyprus, or a driving licence, issued by the authority of the State of Palestine?

The fact is that these states have established various regimes of administrative law that aim to address the phenomenon of a foreign element appearing before administrative authorities. In the scholarship, these regimes have often been referred to by the term 'international administrative law'¹⁸ and, consequently, this article will use this term throughout.

In a similar vein as in the field of international private law, the regimes of international administrative law are neither universal, nor global. On the contrary, we refer to specific sets of norms that are applicable in each of the jurisdictions. Thus, we must reference French, Italian, Greek, or Moldavian international administrative law. However, again, the issues that may appear before the administrative authority in each of these jurisdictions are very similar to the field of international private law and, consequently, call for a uniform approach by legal scholarship.

While the problem of the application of law, established by the 'non-recognised states', has been recently quite extensively discussed in the scholarship of international private law, so far the topic has been subject to only limited attention in the recent literature of administrative law.¹⁹ Reflecting the emergence and continuous existence of several 'non-recognised states' on the geographic periphery of Europe, this article aims to argue that the mere fact

18 See J. HANDRLICA, *A treatise for international administrative law*, in *The Lawyer Quarterly*, 10/2020, pp. 462-475.

19 See eg. H. WENANDER, *Recognition of Foreign Administrative Decisions*, in *Heidelberg Journal of International Law* 71/2011, pp. 778-779.

that an entity hasn't yet been recognised by international public law does not automatically imply that the acts issued by the administration of such an entity cannot produce legal effects in the relations of administrative law abroad.

In concert with the recent debate in the scholarship of international private law, this article asserts that the law of the 'non-recognised states' must be taken into consideration, in particular, in those cases where the basic human rights of an individual are concerned. Simultaneously, this article also argues that recognition of acts, issued by 'non-recognised states', can only serve to protect the rights of an individual and cannot imply recognition of the entity by the executive of the concerned state.

2. Overview of existing theoretical approaches to the problem

As for the notion of recognition of a state rank among classical topics of international public law, it has been argued that a statehood in general presupposes the following three elements: 1) a population, 2) a territory and 3) an independent executive that exercises effective control over this territory. The ability of the state to enter into international relations with other states represents a fourth element, which has been widely discussed in the scholarship. While some authors²⁰ have argued that the fact of recognition of a state by other states is of a constituting nature for the state's own statehood, others have claimed that international recognition is merely of a declaratory nature.²¹

At the same time, various hybrid approaches also appeared²² for international recognition in the scholarship. Despite the absence of agreement on this issue in the legal scholarship, it is undeniable that the absence of recognition of a state constitutes a major obstacle in the existence and function of such a

20 See H. Kelsen, *Recognition in International Law; Theoretical Observations*, in *American Journal of International Law* 35/1941, pp. 605-617, C. Hillgruber, *The Admission of New States to the International Community*, in *European Journal of International Law* 9/1998, pp. 491-509 etc.

21 See J. Frowein, *Recognition*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, edited by R. Wolfrum, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 10.

22 See H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1947, pp. 73-75 (here, the author argues, that the states have an obligation to recognise).

state. Given the importance of the issue in international relations, the notion of recognition may seem of exclusive interest to the scholarship of international public law. However, the realities of international relations and the necessity to address the acts issued by those states, which haven't been recognised by the respective state, have caused interest in this problem among the scholars of international administrative law. Several theoretical approaches have emerged in this regard and the following paragraphs will provide an overview.

2.1. Normative approach (the 'one voice theory')

In case the executive of a state denies, or hesitates to recognise another state, that same executive cannot admit any legal effects of acts, issued by such a 'non-recognised states' in the relations between the administration and individual. This is the so-called *normative approach*²³, which strictly connects the notion of non-recognition by the means of international public law and the practice of application of law by the authorities of the state – including both courts and administrative authorities. According to this approach, the state must speak with 'one voice' in both international relations and in matters of the internal execution of powers. Under the normative approach, it would be absurd, if a state would confer legal effects to the acts issued by another executive to which – at the same time – the state denies its own recognition.

The fact is that the normative approach, in particular, found much appraisal in the scholarship of international private law.²⁴ At the same time, however, the 'one voice' theory also gained significant reflection in the literature, addressing international administrative law. The essay, authored by S. Gemma, represents²⁵ a very early demonstration of reception of the normative approach in the scholarship of international administrative law. Here, the author denies

23 See J. BASEDOW, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 565.

24 See D. GRUENBAUM, *From Statehood to Effectiveness*, pp. 585-587.

25 See S. GEMMA, *Les gouvernements de fait*, in *Recueil des Cours* 3/1924, pp. 297-322.

that the application of law produced any of 'non-recognised states' may be permissible in those states belonging to the international community. A decade later, this rigid stance was repeated in the monograph on mutual recognition of foreign administrative acts, authored by K. Weiss.²⁶ In one line commenting on the normative approach, K. Weiss argued on the very first pages of her book that "*it is natural, that only acts of recognised states can be recognised by the administrative authorities in inland.*"²⁷

No classical scholars of international administrative law, that favoured the normative approach, paid any attention to various self-proclaimed entities that emerged in the course of the late 1910s and early 1920s and who represented an interesting parallel to the 'non-recognised states', which have currently emerged on the very eastern periphery of Europe. S. Gemma must be well aware of the existence of the short lived and internationally non-recognised proto-fascist state in Fiume (September 1919 – December 1920) that was later referred to as a 'living work of art' by fascist ideology.²⁸ K. Weiss must also be well aware of the establishment of a myriad of self-proclaimed 'de facto regimes' in Germany after the end of WWI: the Alsace-Lorraine Soviet Republic (November 1918), the Bremen Soviet Republic (January – February 1919) and the Bavarian Soviet Republic (April – May 1919) are salient examples of such entities. Similarly to the Donetsk and Lugansk People's Republics, the above-mentioned self-proclaimed entities of the post-WWI era did effectively, albeit for a very short time, also controlled certain territory. The executive of all these self-proclaimed entities have certainly issued administrative acts, which consequently circulated in other states. The fact is, however, that neither of the classical authors, pleading for the normative approach, have paid any considerable attention to the feature of (non)recognition of acts, issued by these enti-

26 See K. WEISS, *Die Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte*, Göttingen, Georg-August-Universität Göttingen, 1932, p. 1.

27 Ibid.

28 See M. BRESCIANI, *Beyond D'Annunzio: The fiume crisis between paramilitary experiences and imperial legacies*, in *Passato e Presente* 113/2021, pp. 145-154.

ties. This is regrettable, as such a stance would provide us a valuable resource for the situation today.

2.2. A proposal for using the *ordre public* reservation

On 11 January, 1923, France and Belgium invaded the centre of German coal, iron and steel production in the Ruhr Area (Ruhrgebiet) in order to ensure the payment of reparations, which Weimar Germany was obliged to pay pursuant to the Versailles Treaty. The occupation, which was greeted by a campaign of both passive resistance and civil disobedience from the local population, lasted until August 1925, when the last troops were withdrawn.

The problems for the potential recognition of acts, issued by occupation authorities in the Ruhr Area, was discussed by K. Neumeyer in the 4th volume of his monumental 'International Administrative Law'.²⁹ Here, Neumeyer presented another legal approach to the problem. He strictly differentiated between relations of international public law on one hand and the relations of administrative law on the other. From this perspective, he argued that the impossibility of the recognition of acts issued by occupation authorities does not directly stem from the relations between the occupying states (France and Belgium) on one hand and Weimar Germany on the other. The reason for non-recognition of the acts of occupation authorities was caused – as Neumeyer argued – in an *ordre public* reservation, which hindered the administration of Weimar Germany from any support from occupying authorities. This understanding caused a rigid stance of German authorities, which refused any legal effects to acts, issued by either Belgian, or French authorities in the Ruhr Area.

The concept of *ordre public* reservation, which undeniably has its origin in the theory of international private law, enabled prospective *emancipation* of the relations of administrative law from the international relations between the

29 See K. NEUMEYER, *Internationales Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil*. Zürich – Leipzig, Verlag J. Schweitzer, 1936, pp. 325-326.

states. The 'one voice' was challenged in this regard. Under Neumeyer's concept, the administrative authorities must not necessarily follow the line of international politics. On contrary, they have their *free discretion* to some extent in how to approach the acts issued by executives of other states and entities. Curiously enough, Neumeyer addressed³⁰ the acts issued by occupation authorities during the international intervention in Crete (1897-1898), but did not deny the possibility of their recognition abroad. Consequently, the door for the factual approach, which will be discussed below, was opened.

2.3. Factual approach

The realities of Europe in the post-WWII period facilitated more flexible theoretical approaches to application of law, established by 'non-recognised states' in the relations of administrative law. The West-East divide caused several situations in which states having no official relations in the sphere of international public law were in need for mutual cooperation and thus, in need for facilitating circulations of acts issued by their administrations. In this regard, we must bear in mind that official recognition of the USSR was absent from the side of several states of Europe until the 1970s. Ireland officially recognised the USSR not earlier than in 1973, Portugal in 1974 and Spain in 1977. The Federal Republic of Germany (FRG) wasn't recognised by the states of Eastern Europe until the 1960s and 1970s. Thus, Romania gained recognition in the FRG only in 1968, Poland in 1970 and Czechoslovakia in 1973. Despite the absence of mutual recognition in the field of international public law, commercial and cultural relations among these states were realised and together with circulation of persons and goods, also acts of administration circulated and were recognised.

Under this situation, the stance of the normative approach seemed to be untenable. In the scholarship, a number of authors reflected upon the free cir-

³⁰ Ibid, p. 525.

culatation and factual recognition of various documents issued by those states, which haven't been recognised by the executive. At the end of 1950s, A. Verdross argued³¹ in his handbook on international public law that, despite absence of international recognition, a practice of recognition of acts issued by officially non-recognised executives had emerged in the relations between the states of Western and Eastern Europe. Acts approving state citizenship, various types of concessions and legalisation of documents represented salient examples of such acts. In this respect, I. Seidl-Hohenveldern presented³² another argument in favour of application of law of the 'non-recognised states'. He argued that the absence of international recognition must be considered a temporary one and, consequently, such absence cannot constitute a barrier for legal effects of foreign acts in the relations of administrative law.

A decade later, K. König presented³³ his thesis that the recognition of both international public and foreign acts in administrative law represent two different concepts, which are mutually independent. König argued for a strict separation of international relations, which are – according to his opinion – a product of politics, and the relations of administrative law. In this regard, he argued that what really matters in administrative law, is not official recognition of the other state, but merely the fact that this state effectively controls certain territory, produces its own law and applies it accordingly.

This approach in principle implies a negation of the 'one voice theory', as it leads to a total emancipation of the relations of administrative law from the realities of international relations. The fact is that the viability of factual approach was also spontaneously approved in the decades after the collapse of the 'Iron Curtain'. This can be demonstrated on the realities of the mutual re-

31 See A. VERDROSS & K. ZEMANEK, *Völkerrecht*, 4th ed., Wien, Springer Verlag, 1959, pp. 181-182.

32 See I. SEIDL-HOHENVELDERN, *Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht*, Berlin – Tübingen, W. de Gruyter, 1952, pp. 22-23.

33 See K. KÖNIG, *Die Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 40-41.

lations between the Czech Republic and the Principality of Liechtenstein, where official recognition was missing for the period from 1993 to 2009.³⁴ The absence of official relations was mainly caused by pending restitution claims, which the ruling dynasty of the Principality submitted in cases of property expropriations that occurred after WWII. The fact is, however, that in the reality of mutual relations, the authorities of the Czech Republic have neither denied the validity of travel passports, issued by Liechtenstein, nor recognition of school graduate certificates issued by education institutions in the Principality.

Having analysed obvious advantages of the factual approach to the circulation of persons and products, one must bear in mind that the existing scholarship has mainly addressed cases of non-recognition among those states which were considered members of the international community by a number of other states. Consequently, the question arises whether the factual approach can also be applied *vis-à-vis* such self-proclaimed entities as the Pridnestrovian Moldavian Republic (Transnistria), Republic of Abkhazia, Republic of Artsakh, or the State of Alania (the Republic of South Ossetia).

Undeniably, all these entities would fulfil the requirement of factual control over a compact territory, as promulgated by K. König. On the other hand, the *character of relations* of these self-proclaimed entities with other states is very different from the *nature of relations* the Federal Republic of Germany once had in the course of the 1960s and 1970s. Consequently, application of the factual approach would more than daring, as developed in the scholarship of international administrative law decades ago, as well as on those self-proclaimed entities that emerged in the post-Soviet space after the fall of the 'Iron Curtain'.

2.4. Humanitarian approach

34 See R. MARXER, *Die diplomatischen Beziehungen zwischen Liechtenstein und der Tschechoslowakei bzw. Tschechien 1945 bis heute*, in *Studia historica Brunensia* 67/2020, pp. pp. 115-133.

Bearing in mind that the arguments, presented by the authors advocating the factual approach were not formulated *vis-à-vis* application of the law of self-proclaimed entities, the problem of recognition of acts produced by these entities remains. The fact is that two quite different situations must be distinguished here.

On one hand, the question arises whether an act, issued by an authority of the 'non-recognised state' may imply effects in cases where any sort of mutual cooperation between the administrative authorities of the host and home states is required. On the other hand, the question is whether such act can provide any legal effects in case it is demonstrated by an individual *vis-à-vis* the administrative authority.

The first question was touched upon regarding the regime of mutual recognition established by means of EU law by the Court of Justice. In the case of 'The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food'³⁵, the Court had to address the problem of recognition of phytosanitary certificates issued by the authorities of the Turkish Republic of Northern Cyprus. In this case, the executive of the United Kingdom argued³⁶ that 'in practice, certificates issued by the entity in the northern part of Cyprus are just as dependable as those issued by the Republic of Cyprus and that the reliability of such certificates may always be checked at the frontier by the authorities of the importing Member State. Consequently, to reject phytosanitary certificates issued by the Turkish community in the northern part of Cyprus would constitute an arbitrary discrimination against the population of that part of the island.' This line of argument was aligned with the above-outlined factual approach to the acts of 'non-recognised states', as it focused more on the existence of official recognition on the factual circumstances of the issuance of the act.

35 See Judgement of the Court of 5 July 1994, The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd and others, C-432/92, ECLI:EU:C:1994:277.

36 Ibid, paragraph 60.

However, the Court of Justice opted for a position which is – in the relation to the self-proclaimed entities – closer to the normative approach. In this regard, the Court ruled³⁷ that “*cooperation, which is necessary in order to achieve the objectives of the directive, cannot be established with authorities who are not recognized either by the Community or by its Member States. It would be impossible for an importing State to address enquiries to the departments or officials of an entity which is not recognized, for instance concerning contaminated products or certificates that are incorrect or have been interfered with. Clearly only the authorities of the Republic of Cyprus are in a position to take action following complaints connected with the contamination of plant products exported from Cyprus.*” One should bear in mind, however, that the reasoning of the Court addresses, in particular, the notion of cooperation between administrative authorities. Consequently, while one may argue for the application of the normative theory *vis-à-vis* the self-proclaimed entities, such application can (and must) be limited only to the cases when mutual administrative cooperation is required in order to recognise the foreign act.

The second question, as outlined above, concerns those situations where a fact is demonstrated by an individual by the means of an act which was issued pursuant to the law of a self-proclaimed entity. This situation may arise when the existence of university education is demonstrated by a university diploma, issued by an institution operating within the territory of a self-proclaimed entity.³⁸ The fact is, that universities conduct educational programmes in Transnistria and Abkhazia, as well as in Northern Cyprus and issue diplomas to their graduates. Another situation may occur when a refugee is demonstrating his or her identity by a travel passport, issued by either the self-proclaimed entities, existing in the territory of Ukraine, or by the authorities of the Islamic Emirate of Afghanistan. Would the absence of international recognition in

³⁷ Ibid, paragraph 63.

³⁸ See N. PUTINA, *Linguistic and Educational Policy in the Transnistrian Region*, in Anuarul Laboratorului pentru analiza conflictului transnistrean 5/2021, pp. 96-112 (the author is analysing the problems arising by mutual recognition of university diplomas between Moldova and Transnistria).

these situations constitute a barrier for any effects of these documents in the relation between the administrative authority and the individual?

Having posed this question, we must bear in mind that even the fiercest opponents of the application of the law of 'non-recognised states' admitted certain exemptions, which must be taken due to humanitarian considerations of the interests of individuals residing under an illegitimate regime. In this respect, W. Wengler used the term 'humanitarian reservation'³⁹ and this term has been acknowledged by subsequent authors.⁴⁰

The fact is, that states can decide not to recognise or enter into diplomatic relations with other states. And despite the serious problems it raises, states can also ignore law of the 'non-recognised states' and disregard their administrative acts. Yet, the populations of these entities are prevented from such actions. For them, the administrative authorities of these entities are the only executive bodies to whom they can resort.⁴¹ These concerns were addressed in the decision making of the European Court of Human Rights, which – with respect to the situation with the Pridnestrovian Moldavian Republic (Transnistria) – ruled that “*it cannot automatically regard as unlawful, for the limited purposes of the Convention, the decisions taken by the courts of an unrecognised entity purely because of the latter's unlawful nature and the fact that it is not internationally recognised. In line with this rationale the Court finds it already established in its case-law that the decisions taken by the courts of unrecognised entities, including decisions taken by their criminal courts, may be considered “lawful” for the purposes of the Convention provided that they fulfil certain conditions. This does not in any way imply any recognition of that entity's ambitions for independence.*”⁴²

39 See W. WENGLER, *Fragen der Faktizität und Legitimität bei der Anwendung fremden Rechts*, in Festschrift Hans Lewald (bei Vollendung d. 40. Amtsjahres als Ordentl. Prof. im Oktober 1953), Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1953, p. 619.

40 See D. GRUENBAUM, *From Statehood to Effectiveness*, p. 602.

41 Ibid.

42 See Judgement of the ECHR of 23 February 2016, *Mozer v. Moldova and Russia*, 11138/10, paragraphs 142 and 143.

The application of the 'humanitarian reservation' certainly constitutes a measure that may help to facilitate grave situations, where acts issued by an illegitimate self-declared entity are demonstrated by an individual. However, the fact is that the purpose of this reservation is to serve as an exception, not as a rule. At the same time, the question arises where the limits of application of this reservation exist. The limits between facilitating the human rights of an individual and legitimising an illegitimate entity haven't yet been clarified and certainly deserve more attention by the scholarship of administrative law in the future. Certainly, application of the 'humanitarian reservation' cannot imply any legal effects of those norms, which are contrary to the public order, democratic values and the protection of human rights.⁴³

3. A critical appraisal of existing theoretical approaches

In September of 2022, a proposal was presented⁴⁴ by the European Commission for a decision of the European Parliament and the Council, banning the recognition of travel passports issued by the occupation authorities of the Russian Federation in the territory of Ukraine, South Ossetia and Abkhazia. This proposal was to be understood as a reconfirmation of the long-existing practice of refusing any support to occupation authorities that are deemed to be illegal.

Undeniably, the proposed decision will reconnect international relations with administrative decision making and, consequently, may be identified as an acknowledgement of the 'one voice theory'. At the same time, the proposed measures can also be understood as a kind of sanction which does not necessarily imply conformation of the normative theory. The following paragraphs aim to claim that, with respect to the application of law of the 'non-recognised

43 See R. PETROV, G. GABRICHIDZE & P. KALINICHENKO, *Constitutional Orders of Non-Recognized Entities*, in *Review of Central and East European Law* 45/2020, pp. 92-125.

44 See Proposal for a Decision of the European Parliament and the Council on the non-recognition of Russian travel documents issued in occupied foreign regions, COM(2022) 662 final.

states', there are persuasive arguments against the use of the normative approach in the relations of administrative law.

Consequently, the nature of international relations between the states and the character of administrative relations between the states and the individual are separated, albeit interconnected. The *fact* of non-recognition of a state does not automatically imply denial of recognition for any administrative acts issued by the non-recognised execution. At the same time, the following paragraphs aim to argue that the feature of 'non-recognition' of a state certainly also plays role within the relations of administrative law. The aim of the following paragraphs is to argue in favour of the factual approach to foreign administrative acts if international recognition is absent and to support use of the 'humanitarian reservation' *vis-à-vis* the law of self-proclaimed entities.

3.1. The relevance of foreign statehood for administrative law

The 'one voice theory' argues for mutual intercedence between the relations of international public law and the relations of administrative law. In this regard, it was argued that "*if recognition, de facto, operates as an acknowledgment of the validity of the acts of the government established in a foreign state, the giving or withholding of it must be consistent with the general law of nations.*"⁴⁵ One must, however, pose the question whether the existence of the statehood of another state is indeed a precondition for applicability of the law of that state in the relations of administrative law.

As explained above, the theory of international public law argues that a statehood in general presupposes the following elements: a population, a territory, an independent executive that exercises an effective control over this territory and the capacity to enter into international relations. The existence of the-

45 See J. STINSON, *Recognition of the de facto governments and the responsibility of the states*, in Minnesota Law Review IX/1924, p. 3.

se elements have been acknowledged both in the scholarship⁴⁶ and in international conventions.⁴⁷ The practice of international public law was used to deny recognising statehood to 'fictional', or 'utopian states', such as the Grand Duchy of Westarctica, the Principality of Seborga and the Nation of Celestial Space.⁴⁸ There is, in principle, no space to apply any forms of normative systems produced by these 'fictional states' in the relations of administrative law.

While this issue may seem harmless, the fact is that several of these 'fictional states' have served as 'recognition mills', providing for the fictional recognition of dubious university degrees. The case of the Principality of Seborga, whose 'Department of Education' had recognised university degrees awarded by the Pebble Hills University, ranks among the most salient examples of such 'recognition mills'.⁴⁹

While any factual signs of statehood are missing in the case of these 'fictional states', in other cases a state has either lost control over a portion of its territory, or has entirely lost control over its own country.⁵⁰ Currently, most of the states of Europe still officially recognise the Islamic Republic of Afghanistan as a legitimate executive and, thus acts issued by the executive are to be recognised. In the relations of administrative law, a passport issued by this executive will be recognised, although its administration does not possess any control over the claimed territory. The same applies also for the so called 'failed states',

46 See T. GRANT, *Defining Statehood: The Montevideo Convention and Its Discontents*, in Columbia Journal of Transnational Law 37/1999, pp. 403-458, P. RADAN, *Recognition of states in international law*, in Routledge Handbook on State Recognition, edited by G. VISOKA, J. DOYLE & E. NEWMAN, Milton Park, Routledge, 2021, pp. 48-58 etc.

47 See the Montevideo Convention on the Rights and Duties of the States (1933), Art. 1: 'The state as a person of international law should possess the following qualifications: a. permanent population; b. defined territory; c. government; and d. capacity to enter into relations with the other states.'

48 See V. SERZHANOVA, *Concept and status of fictional states*, in Annales Universitatis Apulensis Jurisprudentia 17/2014, pp. 82-88. Also see H. HOBBS & G. WILLIAMS, *Micronations: A lacuna in the law*, in International Journal of Constitutional Law 19/2021, pp. 71-97.

49 See E. BEN COHEN & R. WINCH, *Diploma and Accreditation Mills, New Trends in Credential Abuse*, Bedford, Verifile Limited, 2011, p. 7.

50 See V. BÍLKOVÁ, *A State Without a Territory?* in Netherlands Yearbook of International Law 47/2016, pp. 19-47.

which have lost effective control over a portion of their territory. Recognition of travel passports issued by the Syrian Arab Republic may serve as a reasonable example.

In other cases, however, the official recognition by the means of international public law may exist, although trust in the reliability of the executive is missing. Consequently, administrations in several states denied the acceptance of Somali passports issued before certain date, as well as vaccination certificates issued in Nigeria and certificates of clear record issued in Ghana, etc.⁵¹

One final remark on the difficult co-existence between the concepts of international public law and the application of administrative law is to be done here. In several cases, international recognition is missing, however the executive is obliged to recognise an act of a 'non-recognised state' by means of an international convention. For example, the *Vienna Convention on Road Traffic* provides⁵² for mutual recognition of driving licenses issued by the competent authorities of each of the Contracting Parties. The accession of the State of Palestine to the Convention in 2019 implied that the driving licences, issued by this Contracting Party, must be recognised by the authorities of other states participating in the Convention. Thus, the Convention provides for an obligation to recognise acts, issued by a state, which hasn't yet been internationally recognised by many of the executives. The application of the factual approach to this situation would undeniably imply that the driving licence issued by the authorities of Palestine will also be recognised in the relations of administrat-

51 See N. STREMLAU, *Governance without government in Somali territories*, in the *Journal of International Affairs* 71/2018, pp. 85-86 (here, the author analyses the fact of (non)recognition of passports, issued by Somalia).

52 See the *Vienna Convention on Road Traffic* (1968), Art. 41.2.: 'Contracting Parties shall recognize: (a) any domestic permit drawn up in their national language or in one of their national languages, or, if not drawn up in such a language, accompanied by a certified translation (...) as valid for driving in their territories a vehicle coming within the categories covered by the permit, provided that the permit is still valid and that it was issued by another Contracting Party or subdivision thereof or by an association duly empowered thereto by such other Contracting Party. The provisions of this paragraph shall not apply to learner-driver permits«.

ive law of those states that haven't recognised the State of Palestine by the means of international public law.

Having presented the above mentioned cases, one can argue that the mutual relations between the concept of statehood are complex, as existing in international public law and the relations of administrative law. At the same time, the practice of administrative law clearly demonstrates that recognition of the effects of foreign acts in administrative law is not necessarily interconnected with the existence of all four basic elements of statehood. Having said this, one can clearly doubt whether the 'one voice theory' represents a viable concept that reflects the realities of the recent situation.

3.2. The mirage of the private-public divide

Another argument can be presented in favour of the application of the factual approach to the law of 'non-recognised states'. As outlined above, both the practice and the scholarship of international private law support the argument on the applicability of the law of 'non-recognised states' in the relations of *private* law. The courts in various continental jurisdictions have approved applicability of the law of the Republic of China (Taiwan) for the relations of private law.⁵³ This specific situation, where the laws of 'non-recognised states' are being applied by courts of other states, has recently triggered the question of whether the law of self-proclaimed entities has a similar ability to produce effects in the relations of private law.⁵⁴

The question, which hasn't been addressed by the contemporary scholarship so far, is what consequences the applicability of the law of 'non-recognised states' have in private law for the relations of administrative law?

53 See R. RUOPPO, *Lo status giurizionale di Taiwan e i suoi riflessi sul piano internazional-privatistico*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 56/2020, pp. 325-362.

54 See H. STAKHYRA, *Applicability of Private Law of De-Facto Regimes*, *Osteuropa Recht* 65/2019, pp. 207-222 and N. MARTSENKO, *Peculiarities of Recognition of Judgments and other Acts Issued by Unrecognized Authorities – The Example of the Autonomous Republic of Crimea, and Luhansk and Donetsk Oblasts*, *Osteuropa Recht* 66/2019, pp. 207-222.

In fact, this question isn't entirely new and has already been posed⁵⁵ by G. Dahm back in the late 1950s. He argued that the recognition of certain acts of 'non-recognised states' in the relations of *private* law automatically implies a necessity to also recognise such acts in the corresponding relations of *administrative* law. Any other stance would either make realisation of the relations of private law more complicated, or tame such relations entirely.

The phenomenon of overriding mandatory norms in international private law makes the issue more complex. In the relations of international private law, it has been acknowledged that certain norms of public law of the home state must also be applied in the relations of private law.⁵⁶ Consequently, if one would accept applicability of the law of 'non-recognised states' in the relations of private law, the applicability of at least certain norms of public law - such as those of tax law, cultural heritage law, law governing export control - of the same entities would seem to be inevitable.⁵⁷ It would lead to absurd consequences, if application of the overriding mandatory norms were required in cases of private law of recognised states, while such application was denied in cases of the 'non-recognised states'. However, if these provisions are to be applied in the relations of private law, would it be viable to deny any effects of the law of 'non-recognised states' in the sphere of public law?

Another consideration must be mentioned here. If application of the (private) law of the 'non-recognised states' is discussed in the field of international private law, we don't merely speak about the application of such law by courts. In many cases, it is the duty of administrative authorities to deal with those private relations, where a foreign element appears. Consequently, one must seriously ask whether it is plausible that an administrative authority will

55 See G. DAHM, *Völkerrecht*, Bd. I, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1958, p. 190.

56 See T. SZABADOS, *Overriding mandatory provisions in the the autonomous private international law*, in ELTE Law Journal 9/2020, pp. 9-18.

57 See S. BAJRAMI & M. PAYANDEH, *Die innerstaatliche Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen im Lichte der völkerrechtlichen Nichtanerkennungspflicht*, in Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 6/2018, p. 580.

be allowed to apply the laws of an 'non-recognised states' in matters of private law, while the same authority chooses to deny such application in the matters of public law.

3.3. Against 'limped' legal relations

The risk of 'limped' legal relations has been extensively discussed⁵⁸ in the scholarship of international private law and, very recently, this risk was posed⁵⁹ as one of the arguments in favor of the applicability of law of the 'non-recognised states'. In this regard it was argued that non-application of normative systems of those entities which haven't been officially recognised will cause undesirable consequences when, in particular, the legal relation existing in the field of family law would be recognised as existing in one jurisdiction and – at the same time – as non-existing in the other.

The fact is that, to some extent, this argument is also valid in the field of administrative law.⁶⁰ In several jurisdictions, a clear criminal record is required from a foreigner who intends to gain a temporary residence in that state. In this respect, a certificate approving such record must be submitted by the foreigner and such certificate must originate from those jurisdictions where the applicant dwelt in the previous period of time. The clear criminal record may serve as a good example of legal relations which may be potentially 'limped' if a host state would deny certificate approving this fact because it was issued by a 'non-recognised state'. If the only authority, which can factually approve a clear criminal record, is the authority of the Republic of Artsakh, would be such an approval be denied? If yes, the individual will have virtually no possibility to prove his or her clear criminal record. Consequently, one may claim that

58 See D. BUSSE, *New Political Entities and the Conflict of Laws*, in *New Political Entities in Public and Private International Law*, edited by A. SHAPIRA & M. TABORY, Leiden, Brill, 1999, pp. 115-138.

59 See D. GRUENBAUM, *From Statehood to Effectiveness*, p. 604.

60 See A. GROSSMAN, *Nationality and the Unrecognised State*, in *International & Comparative Law Quarterly* 50/2001, pp. 849-876.

the risk of 'limped' legal relations obviously also appears in the relations of administrative law. This risk represents another argument, supporting application of the law of the 'non-recognised states' in administrative law.

Having said this, we must also take into consideration the recent developments in the field of recognition of university diplomas issued by some of the universities situated in 'non-recognised states'. In his very recent study, B. Coppieters analyses⁶¹ the practice of recognition of the university diplomas, issued by the Abkhaz State University (ASU) in those states which do not recognise Abkhazia as a state. The example of Germany is illustrative: In Germany, the *Central Office for Foreign Education* has created a database that makes a distinction between recognized and non-recognized universities. Although theoretically autonomous when it comes to making decisions on application procedures, German universities work with this list to evaluate diplomas. B. Coppieters identified a substantial shift, that took place in Germany regarding the status of the ASU. While in 2013 database still indicated⁶² that the ASU was officially a non-recognized university, the 2021 database no longer contains such an unequivocal assessment. The ASU is still described as Georgian, but the database further indicates that the ASU is located on a breakaway territory of Georgia. As a consequence of this re-ranking, it is now in a category of institutions 'for which no clear statement can be made' and, despite the lack of accreditation, German universities are invited to make a careful examination of individual applications from students with an ASU diploma. In this regard, we must also take into consideration that a similar shift towards recognition of university diplomas issued in Transnistria also occurred in Moldova.

Thus, with respect to the risk of 'limped' legal relations', one may argue that this risk is also being considered in the relations of administrative law. A

61 B. COPPIETERS, *A Struggle over Recognition and Nonrecognition*, pp. 18-19.

62 This meant that it was not accredited by the home country – that is, Georgia. This classification would generally have led universities in Germany to reject any applications by students with an ASU degree to study there for a master's degree.

recent shift in the practice of recognition of university degrees, obtained in the 'non-recognised states', clearly demonstrates that, in various jurisdictions, the risk is being considered and that 'limped' legal relations - at least in the area of university education - are deemed undesirable. At the same time, these developments also clearly show that, in the practice of recognition, the normative approach to the 'non-recognised states' hasn't yet gained preference as a practical solution.

3.4. A treatise for the humanitarian reservation in administrative law

The concept of the 'humanitarian reservation' aims to address those situations where the non-application of the law of 'non-recognised states' would produce harmful implications to the individual. At the same time, the rationale of this concept is that this application does not imply any official recognition of the executive which has applied the respective law.

Authors pleading in favour of application of the 'humanitarian reservation' often refer⁶³ to paragraph 125 of the advisory opinion in the 'Namibia Case', which reads as follows:

*"In general, the non-recognition of South Africa's administration of the Territory should not result in depriving the people of Namibia of any advantages derived from international Co-operation. In particular, while official acts performed by the Government of South Africa on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate are illegal and invalid, this invalidity cannot be extended to those acts, such as, for instance, the registration of births, deaths and marriages, the effects of which can be ignored only to the detriment of the inhabitants of the Territory."*⁶⁴

In the scholarship of international private law these arguments have lead into the practice, certain acts have been accepted by courts deciding in the mat-

63 See D. GRUENBAUM, *From Statehood to Effectiveness*, p. 601.

64 See International Court of Justice (ICJ), Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, ICJ Reports 1971, pp. 16-66.

ters of private law, irrespective of whether they originate from a recognised state, or an unrecognised entity. The question is, to what extent this is also relevant for the relations of administrative law?

The fact is that one could barely argue that the obtaining of a driving license in the Donetsk or Lugansk People's Republics will automatically imply the right to drive a car in those jurisdictions which have not recognised these entities. At the same time, one must ask whether a document containing the personal information of an individual would be denied acceptance by the executive only because this executive does not recognise the above mentioned entities in the field of international public law. With respect to answering this question, one must bear in mind that for the population living in the territories under the governance of the Donetsk and Lugansk People's Republics, or in the territory of the Republic of Artsakh, the local authorities are de facto the sole governmental body to whom they can resort.⁶⁵

Under this situation, it would not be unlikely that the only piece of identity a person may have will be the document issued by a non-recognised executive. Denying to accept such a document would undeniably cause undesirable consequences for the individual. Would the executive consider the individual in the above outlined case as an *anonymous* person, just because his, or her travel passport was produced by a self-proclaimed entity?⁶⁶ In this respect, the 'humanitarian reservation' presents a viable solution, which is based on the strict separation between international recognition among the states and recognition of acts in the relations of administrative law.

3.5. A proposal for treatment of law of 'non-recognised states'

65 See P. MAURITZ, *Zuordnung okkupierter oder annerkrierter Gebiete im IPR und IZVR*, in Bucerius Law Journal 12/2018, pp. 39-48.

66 See J. HANDRLICA, *A treatise for international administrative law, Part II – On overgrown paths*, in The Lawyer Quarterly 11/2021, p. 190.

Having presented several arguments against the 'one voice theory' concerning the application of law of the 'non-recognised states', this article would propose the following approach to this problem:

1. Reflecting both the practice and the scholarship, one must differentiate between the notion of recognition which *exists* in the relations of international public law on one hand and the notion of recognition as *practiced* in the relations of administrative law. The fact of non-recognition in the field of international public law does not necessarily imply that the executive cannot confer certain legal effects to those acts that have been issued by a non-recognised state.

2. There has been a general tendency to deny recognition to the acts of occupation authorities, as such recognition would imply support to illegal occupation. Self-proclaimed terrorist entities, which in principle disregard human rights, must gain no support and their acts need to be refused. Consequently, acts issued by the Islamic State can gain no effects in the relations of administrative law.

3. International cooperation between administrative authorities can, in principle, not be realised with those executives who represent a self-proclaimed entity. Such cooperation could be identified as a support to such entity and may therefore interfere with the principles of international public law.

Having said this, we must distinguish the regimes of administrative cooperation between the states on one hand and the relations between administration and an individual on the other hand. In such relations, acts issued by self-proclaimed entities may gain legal effects, in particular in those cases where the basic rights of the person are concerned. However, such legal effects can not be interpreted as a step towards official recognition of such an entity by the means of international public law.

4. A quest for international administrative law of the 'non-recognised states'

Very recently, international administrative law again became the subject of scholarly attention.⁶⁷ To a great extent, this has been the result of the work of the international ‘*Réseau de droit administratif transnational*’ platform, which – however – has preferred the term *transnational administrative law* to describe the subject of its interest. Notwithstanding the terminology used, we are referring to normative systems in various jurisdictions that aim to govern relations of administrative law where certain ‘foreign elements’ appear. The fact is – however – that despite the terminology used to describe the subject, most of the research done so far in this field focused on the normative systems of those states that are members of the international community of states.

This article also represents a product of this approach, as it is primarily addressing the notion of how norms of the states in Europe approach the laws that have been produced by the ‘non-recognised states’. The fact is, however, that the problem can also be seen from the viewpoint of the normative systems, which were established by non-recognised entities.⁶⁸ In this respect, one may argue that the normative systems of ‘non-recognised states’ also have their own international administrative law, as they feel a necessity to address the notion of foreign elements in their own normative framework.

The law of the State of Palestine may serve as a good demonstration for this argument. Palestine not only acceded to the Vienna Convention on Road Traffic, but also to the Global Convention on the Recognition of Qualifications Concerning Higher Education. Both steps were made to provide for reciprocity of recognition and, consequently, to strengthen its own regime of international administrative law. In this regard, one may argue that the basic precondition for the existence of an international administrative law is that the state intends to enter into relations with other jurisdictions. There were salient

67 See eg. J. HANDRLICA, *Burnt by the sun of international administrative law, a sketch of a legal chameleon*, in P. A. Persona e Amministrazione 9/2021, pp. 562-584.

68 See V. KOPEČEK, *Inside a de facto state*, in *De facto states in Eurasia*, edited by L. HOCH & V. KOPEČEK, London, Routledge, 2019, p. 300.

exceptions to this stance. According to the literature, the legal regime of the Islamic State represented such an exemption. This argument becomes more clear when examining the stance of this entity to travel passports issued by other states. Islamists saw the Islamic State as the only and exclusive representative of God and, consequently, there was no space for other nationalities, nor any space for travel passports of other states.⁶⁹ In a regime, which considers himself as exclusive, there is obviously no space for any international administrative law.

5. Conclusions

The existence of 'non-recognised states' in the wider space of Europe remains a fact. At the same time, as some authors⁷⁰ argue, there is a high probability that these entities will also remain a phenomenon that we will need to face in the next few decades. Considering these perspectives, one may expect that the problem of the law established by these entities will become even more urgent for the relations of administrative law in various jurisdictions.

This article aimed to pose some answers, which may appear with respect to acts issued pursuant to the law of these entities and also to propose viable solutions. In particular, this article aims to claim that the fact of non-recognition in the sphere of international public law does not necessarily imply that acts issued by these entities will not gain any legal effects abroad. This argument is not only supported by the existing scholarship, but also with existing practice and decision-making.

Having argued in favour of the 'factual approach' to the law of the 'non-recognised states', one need also bear in mind that this argument can not be understood as a legitimisation of the self-proclaimed entities, or occupation authorities.

69 See W. L. YOUMANS, *The Islamic State's Passport Paradox*, in *The Media World of ISIS*, edited by R. PENNINGTON & M. KRONA, Bloomington, Indiana University Press, 2019, p. 62.

70 See B. BOWRING, *International Law and Non-recognized Entities. Towards a Frozen Future?*, p. 28.

The relations of international public law and those between an individual and the administration must be strictly separated. One cannot deny the importance of international relations. At the same time, an individual can not be held hostage to these international relations when he enter into the (unequal) relation with the administration of a host state.

YEVHEN ZABASHTA
V.I. Vernadsky Taurida National University
yevhen_zabashta@edu.cn.ua

THE CONCEPT OF STATE POLICY FOR ENTERPRISE DEVELOPMENT AND ITS FEATURES IN THE CONTEXT OF EUROPEAN INTEGRATION

ABSTRACT

The study aims to substantiate and deepen the theoretical foundations of the state policy for enterprise development in the context of European integration. The methodological framework of the study involved the following methods: analysis and formalization, logical generalization, abstract-logical method, and induction and deduction. Analysis and formalization provided for determining the essence of such concepts as entrepreneurship, small and medium-sized enterprises, and state policy for enterprise development. Logical generalization involved defining and formulating the scientific principles of state policy for enterprise development. Abstract-logical method ensured theoretical generalization and drawing the conclusions of the study. Methods of induction and deduction helped define the issue under the study and clarify its subject. The essence of small and medium-sized enterprises in Ukraine is analyzed. In order to develop and improve the state policy for enterprise development in Ukraine, which has been granted the status of a candidate for EU membership, the authors of this article suggested legal, organizational, regulatory, and institutional changes that would promote the development of entrepreneurial activity and adaptation to the European space in the future. Entrepreneurship development requires attracting investment and sufficient financing from the state and international investors. The factors influencing the state policy for enterprise development and growth of small and medium-sized enterprises were analyzed. The enterprise development strategy in Ukraine was examined. The authors

studied enterprises in Ukraine and suggested the mechanisms of the state policy for their development.

KEYWORDS: state support, small and medium-sized enterprise, mechanisms of state policy, European integration, enterprise development.

INDEX: 1. Introduction. - 2. Entrepreneurship as an object of state policy. - 3. State policy for enterprise development in Ukraine in the context of European integration. - 4. Conclusion.

1. Introduction

Ukraine has been recently granted the status of a candidate for European Union (EU) membership, which entails reforming the national economy involving the development and improvement of the state policy in the field of entrepreneurship and enterprise development as a crucial sector of the economy of Ukraine. The state policy for enterprise development is considered an activity aimed at coordinating and interconnecting all elements of the entrepreneurial system required for its stable state (Hazuda & Voloshchuk, 2017). It ensures an uninterrupted, balanced work of all elements of an enterprise and ways of their arrangement and modernization (Feldman et al., 2005). In other words, the state support of entrepreneurship involves improving the situation of entrepreneurs (material, financial, economic), carrying out their activities on an equal footing with other entrepreneurial structures, and exercising their potential to ensure development.

Public authorities are called to elaborate programs, finance projects, and implement measures to support enterprise development at the expense of (central, local, and regional) budgets, revenues from privatization of property, the attraction of foreign investments, etc. State or public policy is the administration by public authorities, for example, executive bodies, which relates to certain areas of their activities and mandatory corresponds to the laws of a country and social customs (Iezghor, 2010). Currently, entrepreneurs, on the example of small and medium-sized enterprises, experience the following significant problems and obstacles to their development:

- the economic recession;
- ongoing armed conflict on the territory of Ukraine;
- the complexity of the business environment;
- the lack of state support.

The above entails the search for innovative, effective areas of support for small and medium-sized enterprises (SMEs), taking into account changes, especially adaptation to the European economic space, where the activities of small and medium-sized enterprises account for the largest share of gross domestic product (Bashkatova, 2019).

Such domestic scholars as L. Bezuhla (2011), Z. Varnalii (2007), N. Didenko (2017), N. Orlova and J. Mokhova (2018), Bolotova, (2019), S. Dryha (2009), and Baklan (2015) dedicated their works to the issues of state policy for enterprise development. However, there is a lack of a modern study on state policy in the field of entrepreneurship development in Ukraine, which considers the experience of leading European countries. At the same time, the enterprise development in Ukraine in the context of obtaining the status of a candidate for EU membership requires a study of issues related to the elaboration and improvement of the legal framework, the definition of organizational, political, legislative, and financial directions of state regulation of SMEs under transformations, and the risks faced by the world economy.

Therefore, the study aims to substantiate and deepen the theoretical foundations of the state policy for enterprise development in the context of European integration.

2. Entrepreneurship as an object of state policy

One of the modern and most priority directions for reforms in the state is the improvement and elaboration of state policy in the field of enterprise development. Now, the authors of this article turn to the analysis of the concept of entrepreneurship. The concept of entrepreneurship or entrepreneurial

activities is an independent, dynamic, continuous, and risky activity of business entities, where the principal purpose is to make a profit.

The state policy for enterprise development is a system of state measures (legal, administrative, organizational, supervisory) aimed at creating favorable conditions for the effective development of entrepreneurship (Baklan, 2015). It will be expedient to determine the essence of the concept of entrepreneurship as an object of state policy. Entrepreneurship as an object of state policy is a purposeful, managing, and systematic activity of authorities to implement the functions of state support of business entities. Recent trends in the dissolution of enterprises and the economic situation in Ukraine confirm that the need to improve the state policy for enterprise development is an acute and relevant issue.

The authors of this article analyzed the state policy for enterprise development on the example of small and medium-sized enterprises (SMEs). State policy for SME development is the central factor of the country's development, promotes a competitive business environment, and contributes to introducing new technologies and innovative projects and attracting investments. It also provides new job opportunities to solve the problems of employment of the population and ensures the effective functioning of the state (Derenko, 2012). The authors established that SMEs have dominated in terms of the number and volume of production in the leading EU countries in recent years. According to the UN data, small and medium-sized enterprises produce between 30 and 60% of the national product, depending on the country. It is substantiated that SMEs account for about 90% of the total number of enterprises in the countries of the European Union. The approximate number of SMEs is 20 million in the EU, and the number of people employed in SMEs is roughly 70% (Global Entrepreneurship Research Association, 2017; Papadopoulos et al., 2021).

The state policy for SME development involves legal, political, organizational, financial, and innovative complexes and includes information measures (Burakovskiy et al., 2015). SMEs have a small (insignificant) range of activity characterized by mobility of production, short duration, dependence on the impact of the external environment, and degree of financial risk. Therefore, small and medium-sized enterprises require significant stimulation of their activities and obligatory protective mechanisms on the part of the state.

The Economic Code of Ukraine (Verkhovna Rada of Ukraine, 2003) defines the concepts of small business entity and medium-sized business entity, also used in the Law On Development and State Support of Small and Medium-Sized Enterprises in Ukraine (Verkhovna Rada of Ukraine, 2013). In terms of scientific literature, it is a frequent phenomenon to identify the concepts of small and medium-sized enterprises with small and medium-sized businesses in the modern practice of public services, institutions, and organizations. The authors of this article hold that “enterprise” and “business” are concepts that complement each other.

The examination of SME development as an object of state policy has shown that the concept of small and medium-sized enterprise has ambiguous interpretation in the scientific literature and among domestic and foreign scientists. Notably, it is possible to use the concepts of small and medium-sized enterprises separately. The main classification of enterprises lies in their determination as small or medium-sized according to the following criteria:

- the number of employees;
- turnover;
- the consolidated balance sheet;
- income.

In the European Union, four criteria are principal for defining small and medium-sized enterprises (SMEs). These criteria are the number of personnel (employees), average annual turnover of the enterprise, general balance sheet,

and independence of the enterprise (European Commission, 2002; Commission of the European Communities, 2008). According to these factors, the following types of enterprises are distinguished:

a) a medium-sized enterprise, where the number of employees is up to 250 people, and the maximum average annual turnover is 40 million euros and does not exceed 27 million euros;

b) a small enterprise, where the number of employees varies from 10 to 49 people, the employees are in an employment relationship with the owner of the enterprise, and the maximum average annual turnover is 7 million euros and does not exceed 5 million euros;

c) a microenterprise that provides jobs to no more than ten employees (there are no restrictions on annual turnover and balance) (Verkhovna Rada of Ukraine, 1991a).

Regulatory legal acts of Ukraine involve different interpretations of concepts of small and medium-sized enterprises (Verkhovna Rada of Ukraine, 1991b; 1999a; 1999b). Thus, part 3 of Article 55 of the Economic Code of Ukraine (Verkhovna Rada of Ukraine, 2003) states that the following criteria distinguish between business entities of micro-, small and medium-sized enterprises (Table 1).

Table 1. Classification of business entities in Ukraine

o.		Microenter-	Small enter-	Medium-sized
		prise in Ukraine	prise in Ukraine	enterprise in Ukraine
	Individual			
	Average number of employees	Does not exceed 10 people for the reporting period	Does not exceed 50 people for the reporting period	
	Annual income of acti-	Does not exceed an amount	Does not exceed an amount	

	vity (of any type of activity)	equivalent to EUR 2 million	equivalent to EUR 10 million	
Entity				
	Average number of em- ployees	Does not ex- ceed 10 people for the reporting pe- riod	Does not ex- ceed 50 people for the reporting pe- riod	Exceeds 250 people for the re- porting period
	Annual income of acti- vity (of any type of activity)	Does not ex- ceed an amount equivalent to EUR 2 million	Does not ex- ceed an amount equivalent to EUR 10 million	Exceeds an amount equivalent to EUR 50 million

Source: developed by the author according to the Economic Code of Ukraine (Verkhovna Rada of Ukraine, 2003).

The following principles should be the basis for entrepreneurship as an object of state policy: compliance with the political and macroeconomic situation in the country; an agreement between the goals of the enterprise and the interests of the state; commitment to ensure sustainable and economic development of the country; a dominance of national interests over the interests of people connected by friendly, family, professional, and administrative relations; the prevention from direct state intervention in the enterprise (Turetskov, 2019). Figure 1 presents the directions and objectives of the state policy for enterprise development.

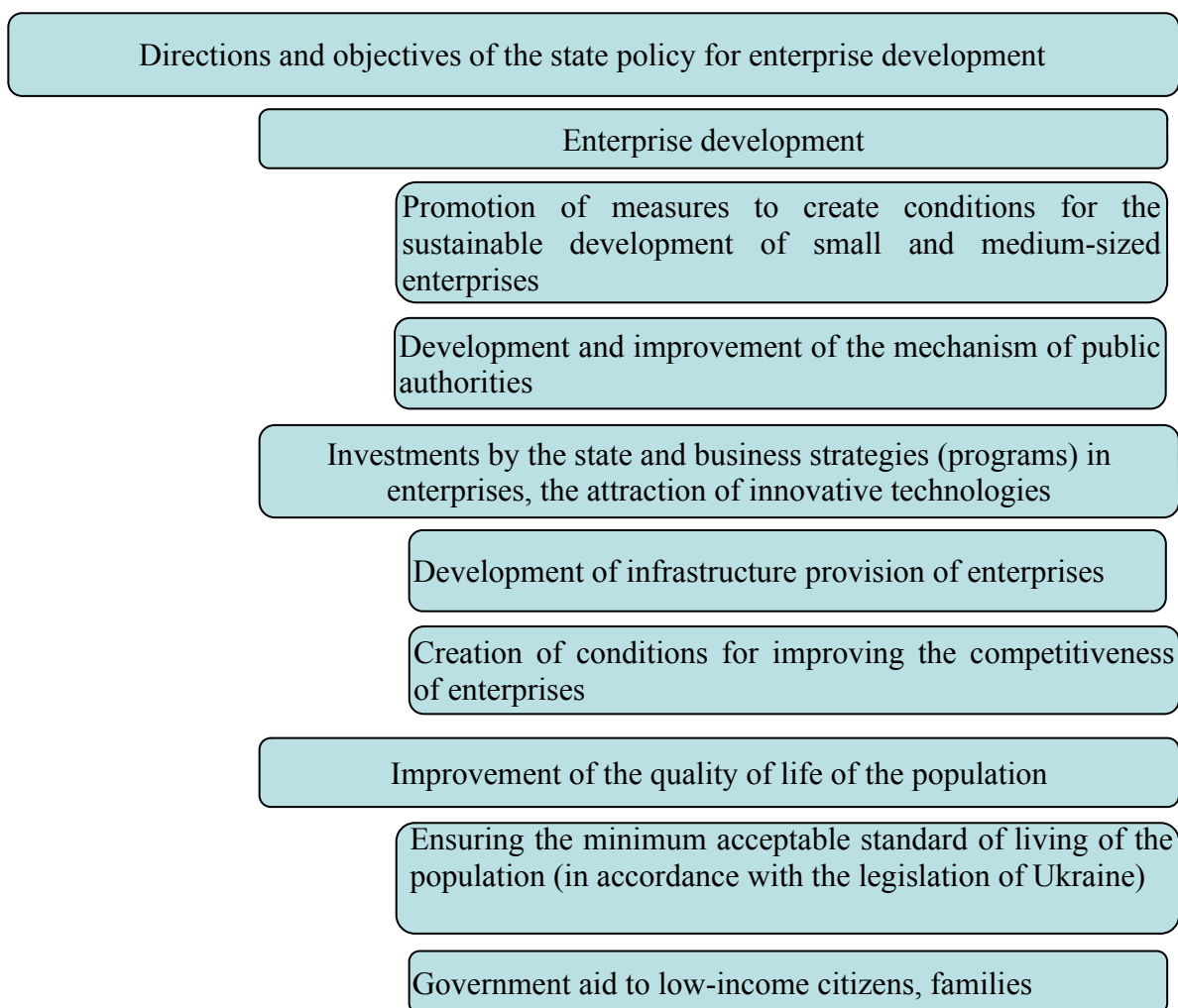


Figure 1. Directions and objectives of the state policy for enterprise development

Source: developed by the author according to Bezuhla (2011).

The enterprise development and the adequate performance of its functions require significant changes in ensuring access to financial resources, given the substantial shortage of funds. Thus, there is a need to find effective directions of state policy to provide financial and credit support for enterprises at the national and regional (local) levels and improve their financial situation (Donets, 2016).

The authors of this article have established that such problems as weak viability of the enterprise, insufficient state funding, and scarce use of the en-

enterprise's potential as a powerful source of social and economic development of the country considerably complicate the business development in Ukraine. The prerequisites for state policy in the field of entrepreneurship and the state of enterprise development are determined by factors that can restrain or inhibit this process. Figure 2 shows the factors that affect the state policy for enterprise development.

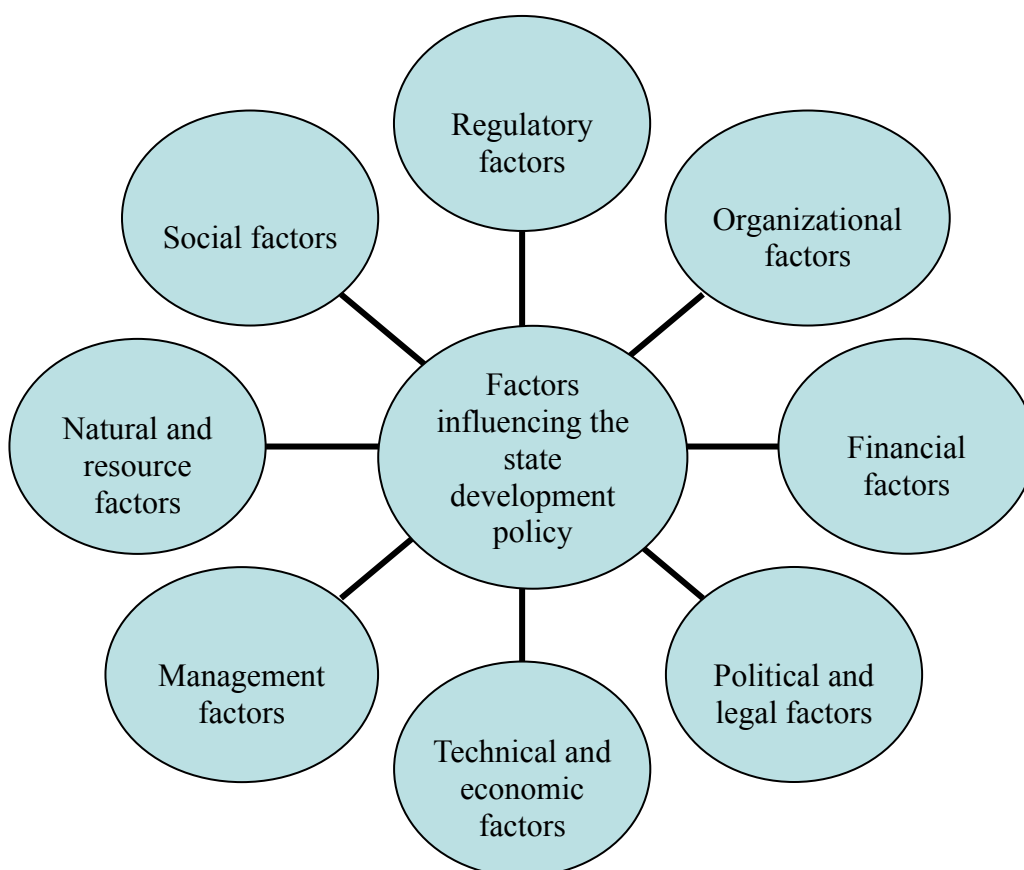


Figure 2. Factors influencing the state policy for enterprise development
Source: developed by the author according to Davidsson (2014).

According to Karmazina (2018) the factors influencing the development of small and medium-sized enterprises (SMEs) are divided according to the following characteristics in the scientific literature:

- internal factors (formation of SME potential for innovative development);
- external factors (determination of objects and conditions interacting with SMEs directly or indirectly);
- factors of the industrial environment (emergence of new competitors on the market);
- factors of the political and legal environment (legislative support for SME activities or changes in its state policy).

Therefore, the authors of this article generalize and distinguish the following ways to improve the state policy for enterprise development:

- improvement and elaboration of state supervision procedures in the field of enterprise development;
- elaboration and implementation of state programs for enterprise development;
- involvement of international organizations in SME lending;
- job placement to provide employment for young people;
- creation of conditions for enterprise development in the public and private sectors;
- provision and further formation of the infrastructure for enterprise support;
- promotion of enterprise development, especially small and medium-sized enterprises (SMEs).

3. State policy for enterprise development in Ukraine in the context of European integration

An essential issue in business entity development is the state policy for its development. The state policy for enterprise development is an influential factor in the development of the country since it increases competitiveness, contributes to the introduction of new technologies and innovative projects,

helps attract investments and solve employment issues, and ensures the adequate functioning of the state.

The concept of state policy for enterprise development should be understood as the need to ensure the flexibility of public authorities, the competence of civil servants, and their ability to use and apply modern tools in public administration. The basis for enterprises is appropriate measures typical for their development in the country and implemented at the state level (Hrynova & Novikova, 2008). Notably, the country must elaborate and implement the state policy for enterprise development at the state level in order to ensure its institutional potential. Table 2 presents the mechanisms of the state policy for enterprise development in Ukraine.

Table 2. Mechanisms of state policy for enterprise development in Ukraine

o.	Mechanism	Primary measures
	Institutional mechanism	1. peace in Ukraine; 2. de-occupation of the occupied territories in Ukraine; 3. provision of the economic growth of the state.
	Regulatory and legal mechanism	1. guarantee for fair competition on the part of the state; 2. simplification of tax administration in the field of small and medium-sized enterprises; 3. preferential treatment for the sale of local products in the region.
	Organizational mechanism	1. dialogue between public authorities and business entities, their involvement in elaborating enterprise development programs.
	Financial mechanism	11. reconstruction of infrastructure according to the Marshall Plan;

		2.2. financial support of local enterprises on the part of the state and investors; 3.3. promotion of banks to SME lending on preferential terms.
	Informational mechanism	1. creation of an information field on state support for enterprises in Ukraine; 2. provision of information to the local population about opportunities to create their business in the region.
	Innovative mechanism	1. attraction of funds from external investors and public authorities to ensure innovative activities; 2. expansion of the network of innovative small and medium-sized enterprises; 3. innovative enterprise development.
	Social mechanism	1. state support for social entrepreneurship; 2. use of start-ups and other means of entrepreneurship for development and financing; 3. enterprise employs internally displaced persons or combatants and war veterans; 4. training of employees for occupations required by the state.

Source: developed by author according to Cabinet of Ministers of Ukraine (2013, 2014).

Thus, the elaboration, improvement, and implementation of the state policy for enterprise development is a purposeful and flexible process that involves a set of measures for ensuring its viability in the future (in the domestic and foreign markets). Creating a favorable business environment for the state policy for enterprise development in the context of European integration should include the following tasks:

1. to create opportunities for rapid adaptation to changes in market demand, increase transparency, and simplify administrative procedures;

2. to create a positive image of the state or region, rebrand in order to strengthen international relations and attract investments (Balkova, 2018).

The purpose of the state policy for enterprise development in the context of European integration is to create favorable conditions for its development, ensure a competitive environment, encourage investments and innovative enterprise development, promote the results of intellectual activity of small and medium-sized enterprises in foreign and domestic markets, and provide employment for the population by supporting entrepreneurship (Honcharova, 2003).

Scientists and experts proposed to elaborate the Strategy for Structural Restructuring of the Economy and a set of appropriate instruments for its implementation. The idea behind this strategy is to strengthen competitiveness, integrate into the single economic space of the country, solve the main problems of the country, and establish the partnership of the state with local and regional governments, private businesses, etc. In the future, such a strategy should focus on the search and development of clusters, startups, etc. The strategy can be a major factor for private investors and funders to fill (Turetskov, 2019).

The subject of the state policy for enterprise development is the state. In the narrow sense, the subjects of the state policy for enterprise development are executive bodies and civil society institutions (formed under the influence of social and political processes). According to N. Orlova and J. Mokhova (2018), the state policy for enterprise development in the context of European integration should include the following stages:

- state support for small and medium-sized enterprises;
- facilitated access to financial services vulnerable population and women;
- support for social and innovative entrepreneurship on the part of state and investors;

- vocational training and improvement of professional skills of business entities;
- vocational training and education of future civil servants;
- enterprise launching by vulnerable population;
- promotion of cooperation between small and medium-sized enterprises;
- popularization of social entrepreneurship among the population (especially among young people).

4. Conclusion

The concept of entrepreneurship or entrepreneurial activities is an independent, dynamic, continuous, and risky activity of business entities, where the principal purpose is to make a profit. It is substantiated that the state policy for enterprise development is a system of state measures (legal, administrative, organizational, supervisory) aimed at creating favorable conditions for the effective development of entrepreneurship.

Recent trends in the dissolution of enterprises and the economic situation in Ukraine confirm that the need to improve the state policy for enterprise development is an acute and relevant issue. The authors note that entrepreneurship as an object of state policy is a purposeful, managing, and systematic activity of authorities to implement the functions of state support of business entities. The state policy for enterprise development is an influential factor in the development of the country since it increases competitiveness, contributes to the introduction of new technologies and innovative projects, helps attract investments and solve employment issues, and ensures the adequate functioning of the state.

The concept of state policy for enterprise development should be understood as the need to ensure the flexibility of public authorities, the competence of civil servants, and their ability to use and apply modern tools in public ad-

ministration. Thus, the elaboration, improvement, and implementation of the state policy for enterprise development is a purposeful and flexible process that involves a set of measures for ensuring its viability in the future (in the domestic and foreign markets).

The authors distinguished institutional, regulatory, organizational, financial, informational, and innovation mechanisms of the state policy for enterprise development that would contribute to the development of the country and integration into the EU. It has been determined that the state policy for enterprise development in the context of European integration should include the following stages:

- state support for small and medium-sized enterprises;
- facilitated access to financial services vulnerable population and women;
- support for social and innovative entrepreneurship on the part of state and investors;
- vocational training and improvement of professional skills of business entities;
- vocational training and education of future civil servants;
- enterprise launching by vulnerable population;
- promotion of cooperation between small and medium-sized enterprises;
- popularization of social entrepreneurship among the population (especially among young people).

References

Baklan, A. (2015). Analytics: How small and medium-sized enterprises are supported in Ukraine and in the EU. Retrieved from <http://platforma-msb.org/analityka-yak-pidtrymuyut-malyj-ta-ser/>.

Balkova, A. (2018). Business angel or accelerator - what to choose? *Economic Truth*. Retrieved from <https://www.epravda.com.ua/rus/columns/2018/08/16/639690/>.

Bashkatova, S.V. (2019). The role of innovations in the economic development of regions. Retrieved from http://www.rusnauka.com/SND/Economics/13_bashkatova%20s.v.doc.htm.

Bezuhla, L.S. (2011). Mechanisms of state regulation of entrepreneurial activity in Ukraine. *Investments: Practice and Experience*, 6, 89-92.

Bolotova, H. (2019). *Simplified taxation system: A brief overview of possible changes*. Kyiv: Institute of Economic and Legal Research of the National Academy of Sciences of Ukraine.

Burakovskiy, I., Kovalchuk, A., Betlii, O., Kravchuk, K., Kuziakiv, O., Ryzhenkov, M., & Fedets, I. (2015). *White paper: SME development policy in Ukraine*. Kyiv: Ministry of Economic Development and Trade of Ukraine.

Cabinet of Ministers of Ukraine. (2013). Resolution No. 641 On the approval of the Concept of the National Program for the Development of Small and Medium Enterprises for 2014-2024. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/641-2013-%D1%80#Text>

Cabinet of Ministers of Ukraine. (2014). Resolution No. 385 On the Approval for the State Strategy of Regional Development for the period until 2020. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/385-2014-%D0%BF#Text>

Commission of the European Communities. (2008). "Think Small First." A "Small Business Act" for Europe. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0394&from=EN>.

Davidsson, P. (2014). *Exploring entrepreneurship* (O.I. Obraztsovaia, Trans). Moscow: National Research University Higher School of Economics.

Derenko, O.A. (2012). International experience of state regulation and support of small enterprises. *Business Inform*, 5, 95-97.

Didenko, N.H. (2017). Current problems of cooperation between Ukraine and the EU in the reform of public administration and local self-government. In *Contemporary Social Problems in the Dimension of Sociology of Management: Materials of the XIII All-Ukrainian Scientific and Practical Conference* (Mariupol, 3 March 2017) (pp. 8-11). Mariupol: Donetsk State University of Management.

Donets, O.B. (2016). Directions for enhancing bank lending to small and medium-sized enterprises in Ukraine. *Money, Finance and Credit*, 3, 205-209.

Dryha, S.H. (2009). *Small enterprises in Ukraine: Development, management, and support mechanisms*. Kyiv: DKS Center.

European Commission. (2002). *The European Charter for Small Enterprises*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities.

Feldman, M.P., Francis, J., & Bercovitz, J. (2005). Creating a cluster while building a firm: Entrepreneurs and the formation of industrial clusters. *Regional Studies*, 39(1), 129-141.

Global Entrepreneurship Research Association. (2017). The 2016 Global Entrepreneurship Monitor. Retrieved from <https://www.c4e.org.cy/reports/2017/gem-2016-2017-global-report-web-version-1486181226.pdf>

Hazuda, M.V., & Voloshchuk, N.Yu. (2017). *Regional development of small entrepreneurship*. Uzhhorod: Publishing House "Sole Proprietor Sabov A.M."

Honcharova, N.V. (2003). Directions for the development of integration processes in the field of financial support for small enterprises. *Finances of Ukraine*, 7, 75-83.

Hrynova, V.M., & Novikova, M.M. (2008). *State regulation of the economy*. Kyiv: Znannia.

Iezghor, L.O. (2010). The mechanism of regulatory and legal support for the activities of small enterprise entities in Ukraine. *Formation of Market Economy in Ukraine*, 21, 161-166.

Karmazina, O.O. (Ed.). (2018). *Scientific and innovative activity of Ukraine*. Kyiv: State Statistics Service of Ukraine.

Orlova, N., & Mokhova, J. (2018). The Ukraine`s competitiveness enhancement in conditions of sustainable economic development. In M. Bezpartochnyi (Ed.). *Transformational processes the development of economic systems in conditions of globalization: scientific bases, mechanisms, prospects* (2nd ed., pp. 69-80). Riga: ISMA University.

Papadopoulos, G., Rikama, S., Alajääskö, P., Salah-Eddine, Z., Airaksinen, A., & Luomaranta, H. (2021). Archive: Statistics on small and medium-sized enterprises. Retrieved from https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Statistics_on_small_and_medium-sized_enterprises&oldid=541508

Turetskov, T. (2019). State financial support for innovation development of small and medium business. *The European Journal of Economics and Management – National Economy Management*, 5(2), 20-27.

Varnalii, Z.S. (Ed.). (2007). *State regional policy of Ukraine: Features and strategic priorities*. Kyiv: National Institute for Strategic Studies.

Verkhovna Rada of Ukraine. (1991a). Law of Ukraine No. 785-XII On Entrepreneurship. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/785-12#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (1991b). Law of Ukraine No. 1560-XII On Investment Activity. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1560-12>

Verkhovna Rada of Ukraine. (1999a). Law of Ukraine No. 679-XIV On National Bank of Ukraine. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14>

Verkhovna Rada of Ukraine. (1999b). Law of Ukraine No. 991-XIV About the Special Mode of Innovative Activity of Technological Parks. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/991-14#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2003). Economic Code of Ukraine. Document No. 436-IV. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>

Verkhovna Rada of Ukraine. (2013). Law of Ukraine No. 4618-VI On Development and State Support of Small and Medium-Sized Enterprises in Ukraine. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4618-17>

OLEKSANDR PUKHKAL

IHOR REITEROVYCH

Department of Parliamentarism

Educational and Scientific Institute of Public Administration and Civil Service

Taras Shevchenko National University of Kyiv

04050, 12/2 Akademik Romodanov Str., Kyiv, Ukraine

TETIANA KUPRII

Department of Philosophy

Borys Grinchenko Kyiv University

04053, 18/2 Bulvarno-Kudriavska Str., Kyiv, Ukraine

SVITLANA SYTNYK

OLEKSIY NOVIKOV

Department of Public Policy

Educational and Scientific Institute of Public Administration and Civil Service

Taras Shevchenko National University of Kyiv

04050, 12/2 Akademik Romodanov Str., Kyiv, Ukraine

pressa@univ.kiev.ua

ANALYSIS OF THE MODERN FUNCTIONAL FIELD OF EFFECTIVE IMPLEMENTATION OF PUBLIC CONTROL IN THE SYSTEM OF PUBLIC ADMINISTRATION IN UKRAINE

ABSTRACT

The development of technologies and globalisation has necessitated the analysis of the modern functional field of effective public control in the system of public administration in Ukraine. In modern Ukrainian society there is a clear demand for effective ways to involve the general public and create real mechanisms for implementing democratic principles of public administration through European integration processes, cleansing the public administration system of corruption, eliminating the shadow scheme of public administration decisions in narrow corporate interests. Thus, the study of the public administration system in Ukraine is an important and relevant issue. The aim of the study

is to analyse the current functional field in the processes of public control in the public administration system of Ukraine. The following research methods were used: analysis and synthesis of information, comparative method, method of sociological research, as well as the method of induction. At the final stage of the study, an analysis of scientific sources on the research topic was carried out. According to the results of the study, it can be argued that the effectiveness of public control in Ukraine directly depends on the state of development of civil society and the level of interaction of its subjects with state authorities and their officials. This largely depends on the motivation of the competent authorities, since state institutions, especially in the legal and organisational spheres, ensure the development of civil society and form the basis for public participation in governance. The practical significance of the research results lies in the fact that the research presented in the article and the analysis of literature sources provides an idea of the implementation of public control in the public administration system in Ukraine, and also opens up new opportunities for its improvement.

KEYWORDS: public administration; public management mechanism; democratisation; administrative reform

INDEX: 1. Introduction. - 2. Materials and Methods. - 3. Results and Discussion. - 4. Conclusions.

1. Introduction

In modern Ukrainian society, there is a clear demand for effective ways to attract the general public and create real mechanisms for implementing democratic principles of public administration through European integration processes, in order to clean up the public administration system from corruption, eliminating the shadow of the scheme of public administration decisions in narrow corporate interests. One of these methods is public administration, which, since it is, in fact, a form of participation and association of citizens in government, a priori can be an important tool for streamlining the entire system of public administration [1]. This statement is based on the fact that in

modern democracies of the world, public authorities and their officials, including governing groups, depend on society: the tax base, electoral sympathies, public opinion, which legitimises the existence of a political regime. All of this constitutes a system of public administration [2].

At the same time, this restriction, without proper guarantees, can significantly reduce the efficiency of state institutions and create conditions for uncontrolled implementation by political and managerial decisions of their officials.

A significant reduction in reforms after the Maidan, the persistence of corruption schemes in the public administration system and other negative factors in 2014-2020 indicate not only the low managerial capacity of public authorities in Ukraine, but also the weak effectiveness of civil society institutions with sufficient resources to adjust the quality of state decisions, which are not able to actively use effective mechanisms of state control, proven by foreign practice. The existence of these problems requires the development of theoretical foundations and practical recommendations to government entities in order to increase the effectiveness of mechanisms of public control over the activities of state authorities in Ukraine [3].

The main argument is that public control as a form of public participation in the development and implementation of public policy involves providing feedback on state and non-state policies and identifying existing or potential violations that require elimination [4].

Public participation in public administration can be considered effective only when the problems faced by citizens begin to be resolved by their participation in the decision-making process of public administration. The main conditions are the readiness of the authorities to communicate with citizens and the presence in society of strong and active civil society institutions that express their interests [5].

This context explains that the level of public control in a country directly depends, firstly, on the state and development of civil society and, secondly, on the level of motivation of state authorities (and local authorities) [6]. Therefore, in this study, it is appropriate to test this hypothesis and determine promising areas for optimising the interaction of public authorities with the public, which are necessary for the successful implementation of state control in Ukraine.

Scientists who study the current state of development of civil society in Ukraine point to its underdevelopment and generally low initiative of its institutions throughout independence, with the exception of a sharp increase in social activity of broad sections of Ukrainian society. This is confirmed by a number of sociological studies. According to influential international organisations, the indicators of civil society development in Ukraine over the past six years show little positive dynamics. In particular, according to the USAID Civil Society Organization Sustainability Index (CSOSI), the state of civil society development in Ukraine in 2015-2019 was estimated at 3.2 points (on a scale from 1 to 7), which is 0.2 points more than in 2010-2014. According to the agency's experts, civil society in Ukraine is characterised as transitional and unconsolidated [7], that is, it does not reach the level of developed democracies with the risk of returning to a less developed state.

The aim of the study is to analyse the current functional field in the processes of public control in the public administration system of Ukraine.

2. Materials and Methods

The methodological basis of the presented research is a combination of general scientific methods of cognition. The research methodology is based on theoretical methods of scientific knowledge. Methods of information synthesis and analysis were used. The induction method was also used. In the context

of this study, an analysis of the scientific literature on the research topic was carried out.

Methods of analysis and synthesis are used in modern natural sciences, humanities and social sciences. These methods are characterised by special applications and modifications depending on their application for each specific industry. Analysis and synthesis are universal, oppositely focused ways of understanding an object, concept, or phenomenon. They are used both in theoretical research and in practice, especially in experimental activities. Through the analysis, knowledge is obtained about individual elements of the subject of knowledge in various aspects of its existence. At the synthesis level, an idea of the structure and properties of the system is formed and a relationship is created between its main characteristics. These methods were used to define the term "public administration". The characteristics of the public administration system in Ukraine and the latest trends were considered and analysed using methods of analysis and synthesis.

The method of induction is a method of cognition, which is based on a formal-logical conclusion, which allows obtaining a general conclusion based on individual facts. In other words, it is the way of thinking from the individual to the general. Thus, the main characteristics of public administration in Ukraine were determined using the induction method.

In the course of the study, data from sociological surveys for 2015-2020 were analysed. Sociological research is a type of systematic cognitive activity aimed at studying the behaviour of people, groups, relationships, processes of social interaction in various spheres of society and obtaining new information, identifying patterns of social life based on sociological theories, methods and procedures. Sociological research is a system of logical sequential methodological, methodological and organisational-technical procedures focused on in-depth study, analysis and systematisation of social facts, identification of connections between social phenomena and processes, the formation of new kno-

wledge based on information and subject, development management measures, its gradual development.

According to the average indicators of 2015-2020, data on the level of trust in Ukrainian society were obtained on the basis of sociological research. The obtained data were presented in Figure 1 using the graphical method. After analysing the available data of sociological research, at the final stage of the study, certain conclusions were drawn, which were presented in the final section of the study. Also, in the course of the study, all available data was collected and systematised, both from sociological surveys and data from the scientific literature.

Many scientists have studied and analysed the public administration system in different countries, including the public administration system of Ukraine. In the course of the study, the works of Ukrainian and foreign scientists on the research topic were considered and analysed. At the final stage of the study, certain conclusions were formulated.

3. Results and Discussion

In general, over the past fifty years, there have been three models of public administration, the traditions of reform of which have been promoted by Western scientists, each of whom advocated a different role of government or bureaucrat. As a result, officials received mixed reports about how they should fit into the metaphorical control machine. [8]

The choice of the European vector of development of Ukraine means a transition to the European model of civilisation, which provides a full democratic transition to a new quality of a politically organised and responsible society, which gradually increases the level of business and participation in political life and guarantees their rights and freedoms. All these qualitative changes in the structure and content of civil society inevitably lead to changes in the form and content of the state, especially in the system of public administra-

tion, which includes, first of all, a radical change in the format of communication between the state and citizens. The basis of a new "format" of this kind should be the formation of an efficient public administration system that is adequate to Ukrainian reality and global trends [9].

In the classical sense, public administration is defined as the influence of a state body (which has public power) on an object (society, processes, relations) in accordance with socially important functions and powers assigned to it. This means that public administration arises as a result of a certain public agreement between the state and society, where competence belongs to the competent authorities and officials [10]. The subject of public administration is civil society, non-state entities, various self-governing structures (public organisations, associations and their bodies), state authorities [11].

The direct management of subjects is public administration bodies: institutions elected by direct elections and their executive structures; officials elected by general direct voting; officials appointed by institutions and their executive structures [12].

Public administration is a complex activity that is carried out in many respects, which leads to various legal consequences for the objects of managerial influence.

Therefore, there are: public overcoming of interference; favourable public administration; ensuring public administration; delegated public administration; executive state administration; administrative public administration.

The system of public administration operates on the basis of normative legal acts regulating the activities of subjects and objects of public administration [13].

Throughout Ukraine's independence, the basic problem for the development of civil society in Ukraine has been the low level of trust in civil society institutions. According to the average indicator for 2015-2020, on the basis of

sociological research, the following data were obtained on the level of trust in Ukrainian society. The data obtained are shown in Figure 1.

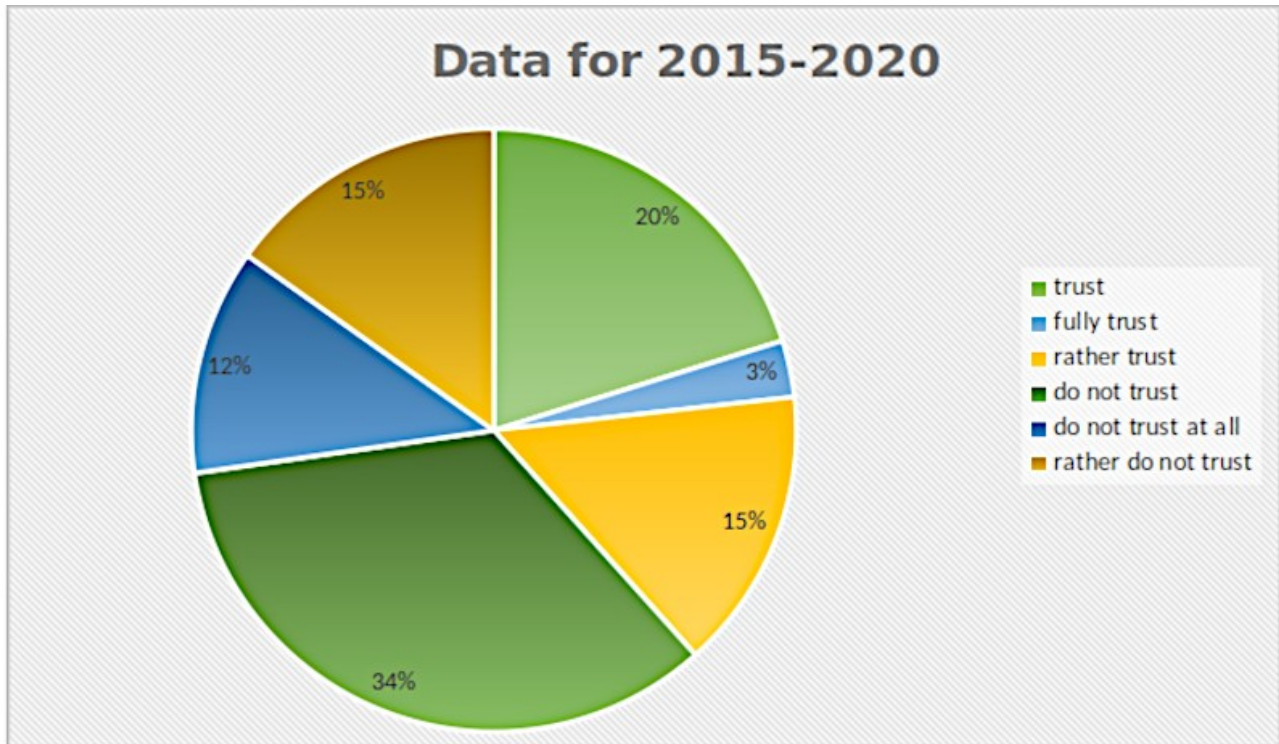


Figure 1. The level of trust of the Ukrainian population in the authorities and civil institutions

Despite such negative trends on the territory of Ukraine, public trust in civil society institutions is increasing, especially with regard to the use of these institutions as a means of protecting the interests of citizens. A survey conducted in 2015 showed that non-governmental organisations in this area are more effective than appeals to political parties (2.1% of respondents believe so), and appeals to "shadow" structures are considered more effective by 4.6% of respondents [14].

The growth of confidence in public organisations in the first years after the Maidan is confirmed by a public opinion poll conducted at the Razumkov

Centre from April 21 to 26, 2017. However, the results of this study show only a small positive trend. Compared to 2013, in 2017, the number of citizens who do not trust non-governmental organisations (completely and previously) increased by 4.1% [15]. In the following years, opinion polls showed different level of trust in non-governmental organizations. Thus, after all, Thus, after all, in 2020 (October-November), according to a Razumkov Centre survey, the ratio of trusted to non-trusted enterprises was 42.8% and 42.5% [16]. A similar trend is shown by the self-assessment of representatives of the public sector in terms of their impact on things in the country and society. This is evidenced by a survey conducted by the Democratic Initiative Foundation. In 2019, representatives of public organisations significantly increased the influence of organised civil society. This happened immediately after the Revolution of Dignity – from 2.2 points (from 5 points) to 4 points. However, it is important to note that in the future it will gradually decrease to 3.2 points, starting in 2019 [17]. The negative dynamics observed in these studies are an example of a change in the priorities of a large number of citizens in terms of survival in the face of rapid deterioration of the socio-economic situation in the state and complete disillusionment with state institutions. Ukraine demonstrates almost all sociological monitoring, which cannot significantly change the situation in the state. Thus, it can be argued that over the past four years, despite the growth of social activity of Ukrainians, which reached its peak in 2014-2015, the overall picture of the level of trust in NGOs at the end of 2020 has not changed much. Over the years, a temporarily positive growth trend in the public trust in non-governmental organisations can be observed, which in 2017-2020 changed again with a downward trend, which, as a rule, does not lead to the conclusion that such growth is stable. In this regard, the average level of trust of civil society remains lower than, for example, in Georgia (45.6%), not to mention the Eastern European countries in the EU.

Due to the low level of trust in civil society institutions, there is a low level of participation of citizens in their activities. A really low level of readiness for public activity in Ukrainian society is paradoxically recorded against the background of generally high demands for social changes in the state. Thus, it can be concluded that in Ukrainian society, despite some positive changes in the history of Ukraine after the Maidan, dangerous social passivity to protect the rights and interests of citizens remains against the background of clear social requirements for social changes and the need for control by the authorities. This trend is directly reflected in the degree of influence of civil society institutions, the development and implementation of state policy and the control of its subjects, which cannot be assessed as high, as evidenced by recent sociological studies.

Many scientists have studied and analysed the public administration system in different countries, including the public administration system of Ukraine. In the course of the study, the works of Ukrainian and foreign scientists on the research topic were considered and analysed. One of the considered works examines theoretical approaches to the place and role of risk management in the field of public economic management. The concepts of "risk" and "risk management" related to the activities of public authorities are defined. The problems that arise in the field of public finance management, as well as issues related to the experience of applying the methodology for assessing fiscal risks associated with the activities of state-owned enterprises, are identified. The authors identified the possibility of implementing in Ukraine international risk management standards and best practices of risk management in public administration, which are used by EU member states. This article presents the results of an expert survey on the issues and ways of implementing risk management in the activities of the Ministry of Finance of Ukraine. The survey showed that the sphere of public finance in Ukraine requires the introduction of modern approaches to risk management [18].

Some scientists trace the implementation of "Best practices for managing public environmental expenditures in countries with economies in transition", proposed by the UN Economic Commission for Europe in the Ukrainian context. Their study illustrates that Ukraine adheres to the best practices of the UN Economic Commission for Europe on some points, but its actual indicators regarding environmental efficiency, governance efficiency and fiscal prudence are half that of the leading states. Full success in copying the best practices of the UN Economic Commission for Europe was not observed in the Ukrainian case. However, it is possible to suggest plausible conditions for successful copying to develop a roadmap to remedy the management of environmental projects in Ukraine. The purpose of this document is to call for further research on internal and external factors and barriers to modernising public finance management in Central and Eastern European countries. Previous studies discussing the context of Central Europe show that the issue of correlation between economic growth and environmental protection at the state and municipal levels has become increasingly important in recent years, for example in the case of the Czech Republic. However, since independence, Ukraine has become the main recipient of external assistance not only financially, but also in the form of knowledge, advice, recommendations, best practices, etc. The work under consideration is based on the perspective of Revik's translation into knowledge transfer to illustrate how "good practice of managing public environmental spending in countries with economies in transition" proposed by the UN Economic Commission for Europe has been reproduced by the Ukrainian government and how this policy translation can be explained in the Ukrainian context [11].

The following study analysed the current state of civil society development, the specifics of changes made to the legislation of Ukraine in this area in the context of European integration and global trends, and suggested ways to further improve civil society institutions on Ukraine's path to the European

community. The authors revealed the essence of communicative interaction between state authorities and the public. The authors substantiated the role of information and communication technologies in the development of communication with the public. Taking into account the priorities of the association agreement between Ukraine and the EU, conclusions are drawn and recommendations are given on the tasks for state bodies to quickly study and apply new communication methods and tools. Prospects for improving legislative and regulatory acts on public relations and civil society development are outlined. As part of an innovative approach applied to a region of the world whose research is still in its infancy, the following article under consideration identifies the dominant traditions of administrative reform inherent in the administrative elites responsible for administrative reform in Eurasia. The authors' contribution is twofold. First, they create a mechanism for measuring the perception of administrative reform by bureaucrats, which can be replicated in other regions by determining the extent to which the three dominant Western civil service traditions (traditional public administration, new public administration and new public administration) have been embedded in Eurasian societies. Thus, the article demonstrates the effectiveness of these twists in public administration, so that they can be "studied" and embedded in the psyche of elite-level bureaucrats in these Eurasian post-Soviet regimes. The article argues that although members of these elites hold several general ideas about governance, the understanding of administrative reform varies markedly between bureaucrats and generally corresponds to different aspects of the three dominant areas in public administration. It is therefore recommended to make some change in the balance between international/regional public policy measures and the intervention of the public administration. While public policy measures are certainly necessary, the administrative framework on which they are built (or learned) requires more attention to the needs, skills, and relationships of practitioners. The understanding of administrative reform varies markedly among bureaucra-

ts and is generally consistent with different aspects of the three dominant areas in public administration [19].

The establishment of a democratic political system has been declared one of Ukraine's top priorities since independence in 1991. However, three decades later, democracy in Ukraine remains ineffective and superficial. Thus, it is productive and appropriate to look for an alternative method of studying such a complex and multidimensional issue. This article uses the "causal layered analysis" (CLA) developed by Futures Studies to provide additional information on the reasons for Ukraine's failure to complete and halt democratisation. CLA aims to investigate the root causes of issues and includes analysis on four "levels": litany, system, worldview and myth, metaphor. As demonstrated in the paper, this method can be applied to better understand the democratisation of Ukraine - or rather, its absence. The authors of the study summarised the main facts and data on democracy in Ukraine. The second stage of the study was related to the study of the transition to democracy based on the approaches of various academic disciplines and theories. The study involves interpreting the problem within five worldviews. At the deepest level, the authors have identified and characterised some of the myths underlying the above-mentioned worldviews. Based on this analysis, key problems are identified and prospects for the future democratisation of Ukraine are outlined [20].

The following article identifies patronage networks in three regions of Ukraine and develops some ideas about the relationship between these networks, economic and political transparency, and the provision of public goods. This paper is a large empirical study linking business and politics in three regions (Kharkiv, Mykolaiv, and Ivano-Frankivsk) with varying levels of transparency and democratic reforms. Formal and informal links between politics and business are identified using primary (interview) and secondary data. Focusing on the local rather than national level in Ukraine, the article compares different levels of patronage and network types. This study links the empirical study of

patronage networks in the post-communist environment to the broader theoretical structure of restricted access orders. The authors' findings demonstrate that, while the multiplicity of networks may be a necessary condition for opening up access to political and economic resources, it is not sufficient. The authors found that one dominant network provides a relatively high level of citizen satisfaction with the provision of public services, while the presence of several networks is not necessarily associated with citizen satisfaction with the provision of public goods [21].

In today's world, effective scientific communication increases society's ability to develop, seek breakthroughs and innovate; it consolidates the nation and unites people and science. This way of communicating through the media can influence society's understanding of scientific and technological development, explore ways to overcome challenges, improve the quality of life, and achieve improvement and prosperity. Mass media is an important source of scientific content and the main translator of social stereotypes about the image of science and scientists. Based on a survey of a wide age range of media consumers, the study reveals a social demand for the saturation of Ukrainian media with scientific content. However, the results of the study indicate that the current state of science does not fully meet the needs of the Ukrainian audience and does not contribute to the critical thinking of media consumers. In addition, it turned out that people would prefer to expand the range of thematic coverage of science and reporting topics that are socially relevant and useful for the public. Finally, the study shows that Ukraine needs qualified scientific journalism, including compliance with professional standards, preventing the spread of pseudoscience and supporting public requests, for quality coverage of science [22].

The purpose of the next article in question is to rethink the question raised by Rogers and Rogers, namely whether public administration fellowships are "disciplined purists" – public administration scholars who conduct public

administration research. The methodology differs from the previous analysis by studying the classification of research on doctoral theses, rather than publications of teachers. At the same time, Biglan classification of disciplines was used as a framework to determine disciplinary classifications of “undisciplined” or interdisciplinary scholarship. There are not only changes in the direction of a particular discipline, but also a steady decline in the production of doctoral research in public administration outside the discipline. The analysis showed a statistically significant increase in the categorisation of public administration scholarships in subjects generally recognised as the core [2].

The connection between public administration and behavioural economics goes back to H. Simon, who recognised the tension between the institutional demands of rational efficiency and the reality of individuals’ alternate objectives. Currently, active research work is underway at the intersection of behavioural economics and public administration following recently published data on favorable synergistic interaction. Public administration can use behavioral economics in a variety of implementations, from boosting public service motivation to improving policy compliance. The article in question reviews the current discourse on the development of behavioural public administration, describes some dominant concepts currently being applied. The author notes that behavioural public administration is a developing theory that may enable practitioners to employ alternative approaches to policy design and implementation. Using behavioural economics concepts that describe individual decision-making with goals alternative to traditional utility maximisation, behavioural public administration shifts the reliance on traditional causal models away from rational ideals and toward real behavioural patterns that are associated with empirically obvious biases [23].

4. Conclusions

It can be argued that the effectiveness of public control on the territory of Ukraine primarily depends on the state of development of civil society and the level of interaction of its subjects with state authorities and officials. This largely depends on the motivation of the competent authorities in public institutions, especially in the legal and organisational spheres, which ensure the development of civil society and form the basis for public participation in governance. At the same time, it should be noted that, given the scale of these tasks in the context of improving compliance with the principles, adequate organisational, financial, regulatory support for interaction between public authorities and the public is necessary, as well as transparency and openness. These aspects from the point of view of public administration, which are the key to creating favourable conditions for the functioning of public control mechanisms.

The general state of civil society and the level of interaction between state authorities and the institutions of these institutions mean an urgent need to create conditions without which effective public control is impossible. Increasing the level of motivation of state authorities to interact with civil society institutions, ensuring the institutional capacity of state institutions and civil society organisations, improving the resources of state authorities (especially their structural divisions responsible for public relations), improving the main mechanisms of civil society, society and public policy; therefore, they should come to the fore in modern conditions, in contrast to the haphazard and unbalanced approach to the development of state policy in the field of support for civil society and its most important mechanisms, namely, public control. Delays in the implementation of relevant measures in Ukraine will significantly diminish further public trust in public events, support for reforms, poor quality of public administration decisions, a further increase in the share of public decisions that benefit a narrow circle of people, as well as many other factors.

References

1. Chown, J. 2020. The unfolding of control mechanisms inside organizations: Pathways of customization and transmutation. *Administrative Science Quarterly*, 66(3), 711-752.
2. Slagle, D.R; Williams, A. 2018. Redefining the boundaries of Public Administration. *Teaching Public Administration*, 36(3), 259-275.
3. Balakireva, O.M. 2015. Dynamics of institutional trust and electoral activity. *Ukrainian Society*, 4(55), 128-142.
4. Kupriy, V., Palivoda, L. 2011. *Public expertise and public monitoring of government activities*. Kyiv: Macros.
5. Sun, W., Ding, Z. 2020. Is doing bad always punished? A moderated longitudinal analysis on corporate social irresponsibility and firm value. *Business & Society*, 60(7), 1811-1848.
6. Hamann, R. 2019. Dynamic de-responsibilization in business–government interactions. *Organization Studies*, 40, 1193–1215.
7. 2019 CSO Sustainability Index for Central and Eastern Europe and Eurasia 23th Edition – October 2020. *The United States Agency for International Development (USAID)*. 2021. <https://heakodanik.ce/wp-content/uploads/2020/10/USAID-2019-Civil-Society-Sustainability-Index.pdf>
8. Arora, M.P., Lodhia, S. 2017. The BP Gulf of Mexico oil spill: Exploring the link between social and environmental disclosures and reputation risk management. *Journal of Cleaner Production*, 140, 1287–1297.
9. Chung, T.S., Low, A. 2017. The impact of investor impatience and environmental turbulence on myopic marketing management and stock performance. *International Journal of Research in Marketing*, 34, 660–677.
10. Djelic, M.L., Etchanchu, H. 2017. Contextualizing corporate political responsibilities: Neoliberal CSR in historical perspective. *Journal of Business Ethics*, 142, 641–661.
11. Hajnal, G. 2015. Public administration education in Europe: Continuity or re-orientation? *Teaching Public Administration*, 33(2), 95–114.

12. Flammer, C. 2015. Does product market competition foster corporate social responsibility? Evidence from trade liberalization. *Strategic Management Journal*, 36, 1469–1485.
13. Gaur, A.S., Ma, X., Ding, Z. 2018. Home country supportiveness/unfavorableness and outward foreign direct investment from China. *Journal of International Business Studies*, 49, 324–345.
14. Stepanenko, V.P. 2015. *Civil society: Discourses and practices*. Kyiv: Institute of Sociology of the National Academy of Sciences of Ukraine.
15. Attitudes of Ukrainian citizens to public institutions, electoral orientations, 2017. *Razumkov Center*. 2021. <http://razumkov.org.ua/uploads/socio/Press0417.pdf>
16. Citizens' assessment of the situation in the country, the level of trust in social institutions and politicians, electoral orientations of citizens (October–November 2020). *Razumkov Center*, 2020. <https://razumkov.org.ua/napriamky/sotsiologichni-doslidzhennia/otsinka-gromadianamy-sytuatsii-v-kraini-riven-doviry-do-sotsialnykh-institutiv-ta-politykiv-elektoralni-orientatsii-gromadian-zhovten-lystopad-2020r>
17. Has the Revolution of Dignity become the engine of civil society development: an expert survey. *Democratic Initiatives Foundation. Ilka Kucheriva*, 2019. 2021. <https://dif.org.ua/article/chi-stala-revolutsiya-gidnosti-rushiem-rozvitku-gromadyanskogo-suspilstva-ekspertne-opituvannya>
18. Starostina, A., Kravchenko, V., Lishchuk, V. 2019. Risk management in the field of public finance in Ukraine. *Public Policy and Administration*, 18(4), 466–482.
19. O'Connor, K., Carmichael, P. 2019. The craft of public administration in Eurasia. *Public Policy and Administration*, 35(4), 465–484.
20. Turchyn, Y., Sukhorolskyi, P., Sukhorolska, I. 2020. Marking time on the way to democracy in Ukraine: A causal layered analysis. *New perspectives*, 28(2), 150–178.

21. Mazepus, H., Dimitrova, A., Frear, M., Toshkov, D., Onopriychuk, N. 2020. When business and politics mix: Local networks and socio-political transformations in Ukraine. *East European Politics and Societies: and Cultures*, 35(2), 437-459.
22. Harmatiy, O. 2021. Science coverage: What does the audience want and really need? Exploring media consumption in Ukraine. *Journal of Creative Communications*, 16(1), 97-112.
23. Oliver, K.D. 2018. Toward a theory of behavioral public administration. *International Review of Administrative Sciences*, 86(4), 605-621.

VLADIMIR A. ZERNOV

Doctor of technical sciences, professor, Corresponding member of the Russian Academy of Education, Head of the Department of Digital and Industrial Economics

rector@rosnou.ru

ELENA V. LOBANOVA

Doctor of pedagogical sciences, Professor, First Vice-Rector for Development of the Autonomous Non-Commercial Organization of Higher Education "RosNOU"

lobanova@rosnou.ru

TIMUR S. SLIVIN

Doctor of Pedagogical Sciences, Associate Professor, Vice-rector of scientific and methodological work

sovetdis@rambler.ru

NATALIYA S. KLUNKO

Candidate of Economic Sciences, Deputy Head of the Department of Postgraduate and Doctoral Studies of the Russian New University, Moscow

nataliya.klunko@gmail.com

IRINA N. GALIVETS

Honored Associate Professor, Senior Lecturer of the Department of Foreign Languages at Autonomous non-profit organization of Higher Education "Russian New University"

galivets@bk.ru

MODEL OF THE VALUE OF POSTGRADUATE AND DOCTORAL STUDIES FOR THE ECONOMIC CULTURE OF CITIZENS

ABSTRACT

In the modern world of the knowledge economy, the culture of people has a strong proven connection with their economic activity, which has received the name "economic culture" in the scientific community. As numerous studies and statistics show, it directly affects both the personal success of a person in life (in terms of financial and material well-being and active career growth), and the efficiency of the economic development of the state and its society (primarily at the level of the indicator of innovation). At the same time, the leading drivers and catalysts for increasing the share of a high (or developed) economic culture in the structure of the economic consciousness of society in the modern world have firmly become people with high intelligence and syste-

matic scientific knowledge - graduates of postgraduate and doctoral studies (scientific and educational programs). In our study, we propose a model developed by us of the value of these departments of universities for the development of the economic culture of their graduates on the example of the Russian New University as the largest and leading non-state higher educational university in Russia.

KEYWORDS: Postgraduate study. Doctorate. Economic culture. Relationship.

INDEX: 1. Introduction. - 2. Materials and methods. - 3. Results. - 4. Results and discussion. - 5. Conclusion.

1. Introduction

It is generally accepted that culture influences the pace of economic development. A classic example of such an influence can be considered the position proved by M. Weber about the influence of religious values on the volume of production using the example of the Protestant work ethic with its values of hard work and frugality as a duty (WEBER, 2002).

The existing relationship between culture and the economy as autonomous public spheres gave rise to the concept of "economic culture", which in modern Western science, in our opinion, most accurately defined by S. Porter as beliefs, attitudes and values that affect the economic activities of individuals, organizations and other institutions (POTTER, 1999). In the Eastern European academic space, economic culture is mainly interpreted as a social value, characterized by a set of acquired economic knowledge, the development of economic thinking, professional skills and practical skills, law-abidingness, the degree of inclusion in economic activity, through which business features are manifested (initiative, entrepreneurial spirit, respect for other people's property), as well as a set of material and spiritual achievements of people in various areas of socio-economic activity; as a result of material spiritual creativity, the realization of material interests, the improvement of living conditions and the spiritual growth of a person. M. Benito and R. Romera, studying economic de-

velopment in the regions of Europe based on the data of the World Values Survey, came to the conclusion that cultural characteristics are strongly correlated not only with the economic development of European regions, but also with economic development and institutional results in a wide sample of countries of the world (BENTTO, ROMERA, 2013;). It can be reasonably argued that culture largely determines the level of economic development in relation to the region, historical moment and market challenges. In this sense, we fully agree with the opinion of S. Hancock and E. Welsh that considering cultural analysis and cultural changes, along with policy and project development factors, can significantly accelerate the pace of economic development (HANCOCK, WALSH, 2016). In our opinion, economic culture is formed in the process of general economic practice and leads to the formation of stable norms and rules of economic interaction that contribute to the transfer of accumulated experience, due to which it is a mechanism for the reproduction and development of economic relations between society as a whole and the individual in a variety of activity and subject forms. At the same time, the formation of a culture of correct perception and adherence to the established state and public institutions among people is important for the formation of an effective economy.

The most important role in instilling the right institutional culture of citizens belongs to the education system, especially the higher and research components. Thus, a number of modern scientists see doctoral students as the latest form of renewable energy in a world driven by a knowledge-based economy (BOULOS, 2016; CONLON, PATRIGNANI, 2011; GUTHRIE, BRYANT, 2015; TEMPLE, 2012). It is not surprising that doctoral educational programs in many countries in the XXI century. include the development of broader than purely professional competencies (for example, the development of management and teamwork skills, the ability to present oneself to employers).

Numerous statistical and analytical data allow us to assert that in recent decades, graduates of postgraduate and doctoral studies have become new drivers of innovative, including economic, development, using their knowledge, competencies and intellect not so much in academic as in economic (industrial, business, IT) sphere. According to various researchers, they are aware of the capital that their knowledge base provides (HANCOCK, WALSH, 2016; KALLAFATIS, LEDDEN, 2013) and report the positive impact of scientific experience on their career growth and life in general.

Thus, it is obvious that there is a direct connection between the results of training in scientific and educational programs (postgraduate and doctoral studies) and further successful economic activity. At the same time, the degree of such influence remains debatable, and the direct value, expressed in specific indicators and characteristics, has not been practically studied until today.

2. Materials and methods

To measure the capacity of the model, both formative and reflexive indicators were used. In the first case, the requirements for the formation of a certain capacity are studied, in the second case, the manifestations of this capacity. Requirements or conditions may be external or internal, but manifestations are always the subject of analysis. When capacity is implemented using formative indicators, the validity of measuring the choice of indicators remains a hypothesis until capacity values are correlated with institutional effects or performance outcomes.

The capacitance measurement is justified only when it refers to a distinctive phenomenon, i.e. to a non-additive, collective result of the dynamic functioning of the administrative system, which has a common effect on the implementation of all parts of the system. If perceived events can be adequate explanations for visible objects, agents, or processes, there is no reason to regard administrative capacity as a generalization. Administrative capacity refers to the

inherent trait or ability of the chosen administrative system and should be considered as a latent variable in empirical analysis.

The used internal factors assessment matrix is a tool that is designed to assess the main weaknesses and strengths of the organization. They help SWOT analysis by generating numerical values for external and internal factors. Here we will focus on the use of the Internal Factors Assessment Matrix (IFE Matrix) as it is often used to assess the health of both business and public sector organizations.

Strengths and weaknesses are assessed as key internal factors. The general rule is to identify 10-20 internal factors, but it is preferable to identify as many factors as possible. Each key factor is given a weight from 0.0 (low value) to 1.0 (high importance). If the weight is not defined, all factors will be equally important, but this is too rare in the real world. The sum of all weights must be equal to 1.0. The scores in the matrix refer to how strong or weak each factor is. The numbers range from 4 to 1, with 4 being a major strength, 3 a minor strength, 2 a minor weakness, and 1 a major weakness.

Strengths can only get scores of 3 and 4, weaknesses 2 and 1. The scoring process in the IFE matrix can be simplified using comparison with the best (benchmarking) or divergence from established goals (GAP analysis). The assessment of any internal factor is obtained as the product of its weight and rating score. The overall weighted score is the sum of all individual weighted scores. Organizations it can receive an overall score ranging from 1 to 4, resulting in 2.5 being the average. The IFE matrix applied in our model has the following advantages:

- 1) ease of understanding (the factors being assessed have a clear meaning to everyone in or outside the organization; there is no confusion about the terms used or the implications of the matrix);

- 2) ease of use (the matrix does not require experience, a lot of staff or a lot of time to build; the company is focused on the key factors that are most

important for the success of the organization, and not on all of its parameters);

3) the possibility of using for the construction of SWOT-analysis, PEST and PESTEL-analysis, as well as comparative analysis.

At the same time, there are some limitations in using the IFE matrix, such as high substitutability (it can be replaced almost completely using PEST analysis, SWOT analysis, competitive profile matrix and some other analyzes) and the fact that it is not a direct tool for strategy formation. (The latter helps to identify and evaluate factors, but does not directly determine the next strategic step or the best strategy, so the use of other strategic tools is required).

It is possible that the assessments of criteria for individual areas of administrative capacity are assessed not only by characteristics such as "good", "average" or "poor", but also with a more detailed description. With the help of the specified specification of the characteristic, it is possible to achieve the most accurate description of the corresponding criterion to the real state of the organization being assessed. For example, when conducting an assessment in terms of various aspects of administrative capacity, in which some aspects will have several components. The ratings in the matrix from 1 to 4, in the fields corresponding to each rating, will describe the various states of this aspect / component, in gradation from the most unfavorable - 1, to satisfactory - 2, good - 3 and excellent - 4.

Thus, the assessments made allow us to draw up a competitive profile of the organization being assessed, which can be compared with the assessments of other organizations of the same type or with the average assessments of organizations of the same type. The profile of the university being assessed considers those aspects in which its assessments are most at odds with the average or with those that we take as a model. It should be noted that both discrepancies with a negative sign, in the sense that the organization's estimates are lower, and discrepancies with a positive sign are important. Both areas of admini-

nistrative capacity need to be developed, some to reach the others and others to maintain competitive advantage.

This method was applied in the preparation of an assessment of the value of postgraduate and doctoral studies in improving the economic culture of teachers of the Autonomous non-profit organization of higher education "Russian New University" (Moscow, Russian Federation).

For the assessment components, materials from a survey of interns from PolyU (the Hong Kong Polytechnic University (PolyU) WIE program (abbreviated from Work-Integrated Education - "learning through work experience"), which has been implemented at RosNOU since 2019 in a remote format) were used.

3. Results

The structure of our model of the value of postgraduate and doctoral studies for the economic culture of citizens consists of several semantic blocks, which can be represented in the form of the following formulas (Figure 1):

1. Values of postgraduate and doctoral studies for the state (Y):

- total value for the state - career value + social value;
- total costs - public spending on education;
- total value for the state + total costs = the level of economic culture of the country.

2. Values of postgraduate and doctoral studies for citizens (f):

- total value for citizens - career value + skills value + social value + personal value;
- general costs - monetary costs + time costs + energy costs + emotional costs = the level of economic culture of citizens.
- $Y = f$, where the values of postgraduate and doctoral studies for the state and the values of postgraduate and doctoral studies for citizens.

The capacitance in both models is denoted by the symbols (η) and (ξ).

The first formative model indicates that the prior explicit factors (x_i) are the causes of the subsequent latent construct (η). For example, certain institutional arrangements, operational structures, or administration resources may also be assessed in a combined assessment to conclude that there is a certain level of capability. These factors precede and together determine potential. The perturbation boundary (ζ) is that part of the construct (η) that is not explained by explicit institutions, structures or resources (x_i). Parameters (γ_i) depict the magnitude of the impact of explicit factors on the structure.

The second reflective model indicates that the previous implicit construct (ξ) has a direct impact on subsequent explicit factors (x_i). For example, bureaucratic measures, behaviors, or performance outcomes such as observed phenomena can be evaluated and collectively used to infer the existence of a certain level of capability. Ability, of course, precedes and partly determines these behaviors or performance effects. The difference in manifestations (x_i) is due to the dependence of these factors on the main hidden structure (ξ) and the error characteristic of each factor (δ_i).

Load factors (λ_i) depict the magnitude of the effect of latent construction (ξ) on other factors (x_i). This model of reflective formative measurement is used to build scales. Governance indicators based on measures of bureaucra-

tic action or perceptions of these actions are examples of such magnitudes.

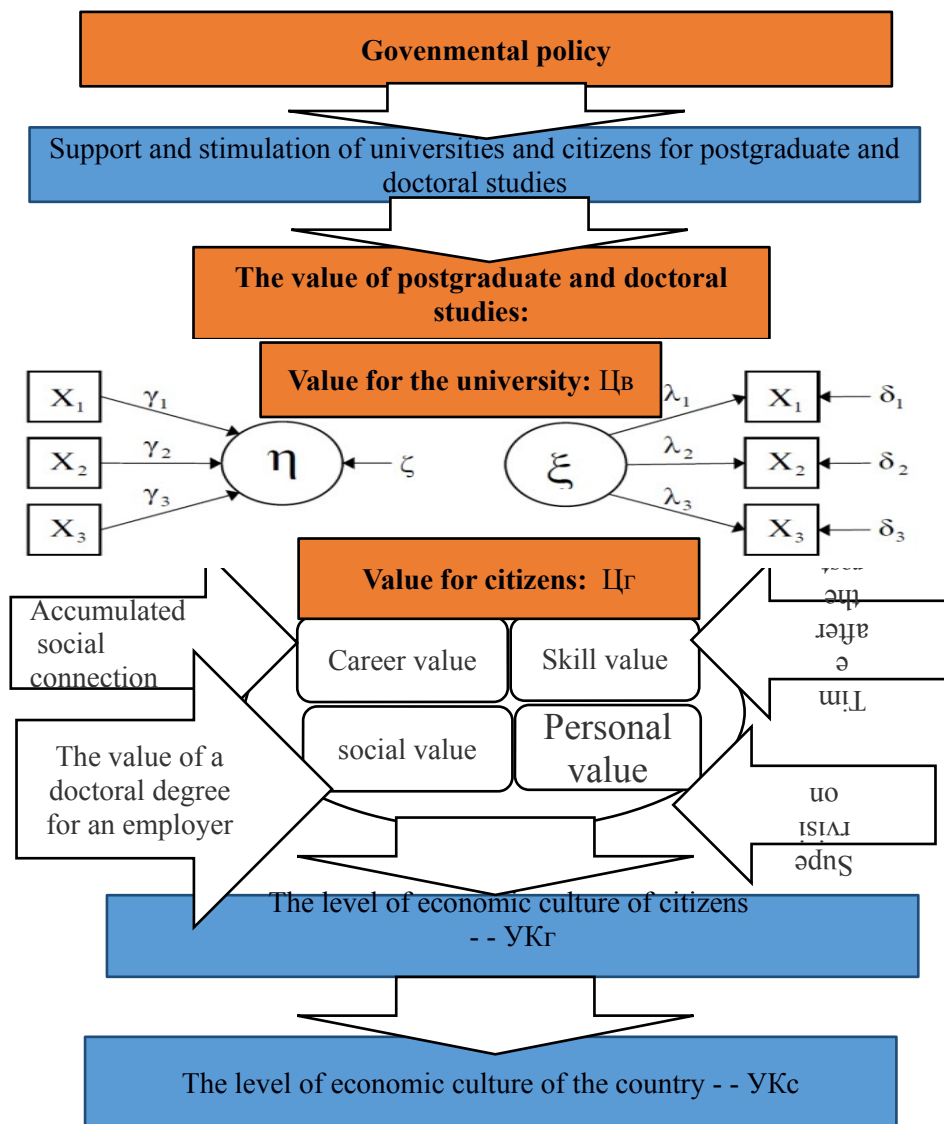


Figure 1. -Model of the value of postgraduate and doctoral studies in improving the economic culture of citizens.

Extrapolating the model described above to the corresponding components in the Autonomous non-profit organization of higher education "Russian New University" (official abbreviated name - RosNOU), we assessed the

value of postgraduate and doctoral studies in improving the economic culture of its teachers (Figure 2).

Resources	Criteria	Content (characteristics) of the criteria	1	2	3	4
1. Teaching staff (information about the criteria for the teaching staff is used. 3.2.2 for institutional licensing, respectively. criteria 1.2, respectively 1.2.1. for licensing)	1.1. The university has the necessary teaching staff.	1.1.1. The number of defended and non-defended teachers of the ~~CID~~ provides the declared ability when applying for a license. 1.1.2. The level of workload of the teaching staff who defended their teaching position of the ~~TID~~ ensures the quality of the training of the requested teaching staff when applying for licensing.				
	1.2. The university has additional teaching staff.	1.2.1. The number of defended and non-defended teachers 1.2.2. Teaching employment/level of teaching.				
2. Logistics and information base (Information about criteria 3.3 is used, respectively 3.3.1. And 3.3.2. Institutional component.	2.1. The university provides the material and technical base for training and research activities	2.1.1. The number of classroom seats and the extent to which they are used in the HE provides the declared capacity when applying for a license. 2.1.2. Number of workplaces for practical training The degree of their use provides the declared capacity when applying for a license.				
	2.2. The university	2.2.1. The number of places in the library and the degree of their use				
criteria 1.3, respectively 1.3.1. and 1.3.2. software licensing)	provides an information base for teaching and research.	provide the declared capacity when applying for a license. 2.2.2. The number of seats in the information centers and the degree of their use provide the declared capacity when applying for a license.				
3. Resources for managing and administering the quality of education.	3.1. The university has the managerial and financial resources to ensure the quality of education.	3.1.1. The university has administrative capacity, maintains structures and ideologies for quality assurance 3.1.2. The university provides the necessary financial resources to ensure the declared opportunities when applying for a license.				

Figure 8. - Evaluation of the value of postgraduate and doctoral studies in improving the economic culture of teachers of the Autonomous non-profit organization of higher education "Russian New University" *.

*Note:

1. Criteria for determining potential are used in institutional licensing and in programmatic accreditation of a professional direction or specialty of a regulated profession.

2. The degree of workload (in percent) of teachers is determined as the arithmetic average of the individual workload of individual teachers, which is the ratio of actual hours to those specified for the academic year.

3. The degree of use (in percent) of jobs is determined as the ratio of actually occupied jobs to those available for the academic year when using the schedule of classes by days of employment of classrooms (laboratories, libraries, information centers, etc.).

4. When requesting a change in capacity, information must be provided on the above criteria (characteristics) of changes that occurred when applying for a change in audience capacity compared to the last licensing.

4. Results and discussion

The identified discrepancy requires the application of a number of measures, such as linking public funding with quality and applicability to the labor market; abolition of tuition fees for professions for which there is a shortage in the labor market; additional funding for qualifications in demand in the labor market; limiting the number of places in study areas for which there is an oversupply. Some positive trends are noticeable (eg., a decrease in the number of business administration students and an increase in the number of students in ICT and medical specialties). The attractiveness of the STEM fields (science, technology, engineering and mathematics), for which there is strong demand in the labor market, is still too weak. This situation can be partially ex-

plained by weaker results in science and mathematics among young people (as reported by PISA), with insufficient career guidance, and a visible gender imbalance in participation in higher education, in particular in some fields of study. In addition, employers report that graduates have gaps in knowledge and skills, including social skills and some other transversal skills.

Postgraduate and doctoral studies should be a key element in the planning of scientific and technological policy to improve the economic culture of citizens and build a new intellectual potential of the nation. Graduate and doctoral studies serve a number of important purposes. For example, PhD graduates are innovators and enhance a country's ability to deal with more complex problems.

5. Conclusion

Our conceptual model of the value of graduate and doctoral studies in raising the economic culture of citizens can help strengthen the planning and implementation of doctoral programs, increase understanding of the value of a doctoral degree, and increase readiness for a range of employment contexts. Institutions can use this model to rethink doctoral training and design development programs. Raising awareness of potential career opportunities at an early stage and providing researchers with access to various support systems and institutional resources is paramount to encourage value-added opportunities. Personalized development that aligns with individual career trajectories (rather than a set of “employability skills”) can help align the needs of society and employers with individual satisfaction of specialization needs. This model can help raise awareness of the value of hiring PhD graduates and improve partnerships with employers. The diverse benefits that doctoral graduates can bring in office should also be understood, both from an employer and alumni perspective, so that the supply and demand for doctoral graduates is consistent

and mutually rewarding, and for the state in developing strategic plans and strategies to improve the economic culture of citizens.

References

BENITO, M., ROMERA, R. (2013). How to boost the PHD labour market? Facts from the PHD system side (Working paper). Retrieved from <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/17545/ws132824.pdf?sequence=1>

BOULOS A. (2016). The labour market relevance of PhDs: An issue for academic research and policy-makers. *Studies in Higher Education*, 41(5), 901–913. doi: 10.1080/03075079.2016.1147719

CONLON, G., PATRIGNANI, P. (2011). The returns to higher education qualifications. London: Department of Business, Innovation and Skills.

GUTHRIE, B., BRYANT, G. (2015). Postgraduate destinations 2014: A report on the work and study outcomes of recent higher education postgraduates. Melbourne: Graduate Careers Australia.

HANCOCK, S., WALSH, E. (2016). Beyond knowledge and skills: Rethinking the development of professional identity during the STEM doctorate. *Studies in Higher Education*, 41(1), 37–50. doi: 10.1080/03075079.2014.915301

KALAFATIS, S., LEDDEN, L. (2013). Carry-over effects in perceptions of educational value. *Studies in Higher Education*, 38(10), 1540–1561. doi: 10.1080/03075079.2011.643862

WEBER, Max (2002). The Protestant ethic and the "spirit" of capitalism and other writings. Penguin.

POTTER, S.M. (1999). Nonlinear time series modelling: an introduction. *Journal of Economic Surveys*, 13(5), 505–528.

TEMPLE, P. (2012). Universities in the knowledge economy: Higher education organization and global change. London: Routledge.

OXSANA HNATIV

Department of Civil Law and Procedure
Ivan Franko National University of Lviv
79000, 1 Universytetska Str., Lviv, Ukraine

TARAS RYM

Department of Civil Law and Procedure
Ivan Franko National University of Lviv
79000, 1 Universytetska Str., Lviv, Ukraine

VOLODYMYR TSIKALO

Department of Civil Law and Procedure
Ivan Franko National University of Lviv
79000, 1 Universytetska Str., Lviv, Ukraine

OLENA RYM

Department of Social Law
Ivan Franko National University of Lviv
79000, 1 Universytetska Str., Lviv, Ukraine

law.faculty@lnu.edu.ua

COMBINATION OF PRIVATE LAW AND PUBLIC LAW PRINCIPLES IN THE REGULATION OF INVESTMENT RELATIONS

ABSTRACT

Regulatory documents aimed at governing relations contain both private law and public law norms. There are not so many monoimperative legal acts in the legislation of Ukraine, and there are no monodispositive ones whatsoever. Only the right combination of dispositive and imperative prescriptions will allow achieving the desired result of legal regulation. This ensures a balance of interests of all participants in the investment process. An equally important aspect of the legal regulation of investment activity is the attraction of foreign investment, which is necessary to ensure sustainable economic development. However, creating a favourable investment climate for foreign investors cannot discriminate against the national commodity producer. State participation in international organisations and international treaties has an undeniable impact on

ensuring the balance of private and public interests in these circumstances. It was established that efficient legal regulation of investment activities requires a combination of private law and public law foundations (principles), which will ensure proper conditions for investment activities. Private law principles ensure equal rights for all participants in investment relations, recognise the value of the investor's rights, and provide an opportunity to choose objects, forms, and spheres of investment activity. Thus, investment relations undergo a dispositive impact.

KEYWORDS: law, protection, construction, housing, legislation, investment climate.

INDEX: 1. Introduction. - 2. General principles of legal regulation of investment activity. - 3. A combination of private law and public law principles upon investing in construction. - 4. Combination of private law and public law foundations for the exercise of corporate rights. - 5. Social aspects of investment activity. - 6. Conclusions.

1. Introduction

It is common knowledge that the content of legal relations is their essential characteristic, which determines the method of legal regulation. Studying private and public law, most researchers note excellent approaches (methods) for organising public relations. At the same time, almost no attention is paid to the issues of their interaction. The state, as a subject of public legal relations, is interested in attracting both internal and external investment, regulating new and existing relations arising in society. To this end, it implements the regulatory function assigned to it by adopting legislative acts, as well as by concluding international treaties.

Regulatory documents aimed at governing relations contain both private law and public law norms. There are not so many monoimperative legal acts in the legislation of Ukraine, and there are no monodispositive ones whatsoever. Only the right combination of dispositive and imperative prescriptions will allow achieving the desired result of legal regulation. This ensures a balance of interests of all participants in the investment process.

Therewith, it is necessary to protect non-professional investors from unfair actions of institutional investors. This refers to the sphere of investment in the construction of residential and non-residential facilities. At the same time, excessive protection of minority shareholders may provide opportunities for unscrupulous entities to illegally seize corporate rights and create obstacles in the activities of a joint-stock company. This is one of the ways to eliminate competitors in promising markets for goods, works, and services. It is obvious that regardless of the form of investment, it is necessary to adhere to reasonable (proportional) state intervention in investment legal relations. Such interference requires the need to protect the rights and legitimate interests of participants in these relations.

An equally important aspect of the legal regulation of investment activity is the attraction of foreign investment, which is necessary to ensure sustainable economic development. However, creating a favourable investment climate for foreign investors cannot discriminate against the national commodity producer. State participation in international organisations and international treaties has an undeniable impact on ensuring the balance of private and public interests in these circumstances.

The principle of the rule of law is manifested in a combination of private law and public law foundations (principles) and norms for governing investment activities.

2. General principles of legal regulation of investment activity

One of the tasks of cooperation between the European Union and Ukraine is to make every effort to establish a stable and attractive investment climate [1]. To make progress in this area, it is necessary to provide institutional, legal, fiscal, and other necessary conditions. At the same time, the principle of non-discrimination is established only relating to mutual investment in the energy sector. It appears that the creation of an appropriate legal framework

for streamlining investment activities determines other terms and conditions defined in an international treaty.

By their legal nature, investment relations are civil. Thus, these relations are described by legal equality, free expression of will and property independence. To these relations, it is necessary to apply private law tools in legal regulation with certain restrictions (public law elements). The main regulation governing the investment activity remains the Law of Ukraine “On Investment Activity” of September 18, 1991 [2]. It does not contain legally established principles of investment activity. They can be derived from the analysis of the content of certain articles of the specified Law.

First, at the legislative level, it is necessary to ensure the equality of investors regardless of their status – an individual or legal entity or a state, resident, non-resident. In the current version, this principle is formulated as equal rights of all investment entities, regardless of their forms of ownership and management, unless otherwise prescribed by legislative acts of Ukraine. The content suggests that the legislator can make provision for certain preferences for certain participants in investment activities, and not only investors. Furthermore, the terms “form of ownership” and “business entities” cannot be applied to individuals without the status of an entrepreneur as investors. After all, the state cannot be considered a business entity either.

Ensuring equality of participants in investment activities cannot serve as a basis for establishing discriminatory norms in the field of tax, customs, or currency legislation. Otherwise, such an imbalance in the protection of rights may lead to the exclusion of national producers from competition. Moreover, in 2000, the Law of Ukraine “On the Elimination of Discrimination in Taxation of Business Entities Created Using Property and Funds of National Origin” was adopted [3], which provided equal competitive conditions regardless of attracting foreign investment in the creation or operation of a business entity. The interpretation of the norms of this legislative act was the subject of

consideration by the Constitutional Court of Ukraine, which pointed out the need to ensure equal conditions in matters of currency, customs regulation, as well as the collection of taxes and other mandatory payments (fees), regardless of the type of investment (national or foreign) [4].

Moreover, the principle of equality should apply to all areas and forms of investment, as well as restrictions. Thus, the legislator provides an opportunity for the investor to choose objects and forms of investment, but makes provision for reasonable exceptions to this dispositive (private law) principle. Recognising the right to invest as inalienable and protected, the general rule applies to restrict the constitutional rights and freedoms of participants in public relations, which can be established exclusively by the laws of Ukraine. Thus, the restrictions cannot be established at the sub-legislative level, as prescribed by the Law of Ukraine “On Investment Activity” (Article 7). The list of such restrictions should be clear and exhaustive. Restrictions must be justified.

This refers to objects or areas wherein investment is prohibited or restricted by the legislation of Ukraine. Thus, the Law of Ukraine “On Concession” of October 03, 2019 prescribes that objects that cannot be transferred to the concession include as follows:

1. objects of state, municipal property, property of the Autonomous Republic of Crimea (the ARC) that are leased until the end of the lease agreement;
2. state facilities used in the manufacture and repair of all types of weapons in service with the Armed Forces of Ukraine, other military formations created pursuant to the legislation of Ukraine, and the Security Service of Ukraine [5].

These norms demonstrate the rational approach of the legislator that attracting investment cannot violate the rights of third parties, as well as terminate existing contractual obligations, or encroach on the sovereignty of the state. At the same time, they concern both national and foreign investors. Restric-

tions may also apply to depleted (limited) natural resources. The legislation of foreign countries is actively implementing the principle of responsible investment, which is novel for Ukrainian legislation. The principle of responsible investment is professed by various participants in public relations – joint-stock companies [6], universities [7], etc.

Conventionally, there are three main components of responsible investment: environmental, social, and managerial [8]. In Ukraine, the foreign practices of socially responsible investments are analysed at the level of theoretical intelligence. Therewith, attention is focused on the social aspect. Under socially responsible investments, the author suggests considering open and transparent business practices based on ethical values, respect for its employees, shareholders, and consumers, as well as concern for the environment [9]. The researcher understands the term “socially responsible investments” more broadly than the term he uses to refer to them.

Attracting investment in alternative electricity sources is an urgent need considering the existing gas crisis in European countries. It is common knowledge that gas, oil, and other natural resources are considered exhaustive or limited. Trying to find an equivalent replacement for them without harming the environment remains a serious challenge for each of the states that care about energy security.

Legislative consolidation of the principle of responsible investment and promotion of its application in the implementation of investment activities is one of the preconditions for the harmonisation of the legislation of Ukraine with the legislation of the European Union. An integral part of this principle should be national support for responsible investment as a strategic one.

A striking example of how the principle of responsible investment works is the investment agreement between the European Union and the People's Republic of China (the PRC) in 2020 [10]. Under this agreement, PRC has undertaken to meet the requirements of the Paris Climate Agreement of

December 12, 2015 [11], as well as the conventions of the International Labour Organization. These commitments lie in raising the standards of environmental protection and occupational safety.

The stability of the conditions for engaging in investment activities remains another principle of legal regulation of investment activity. In truth, the dynamics of adopting new legislative acts and introducing changes to the available ones remains extremely high. However, the quality of adopted laws should not suffer in the pursuit of the number of regulatory changes. Despite the common economic space of the European Union and the subordination of the legislation of the EU Member States to general principles and rules of legal regulation, states are given a certain dispositivity in the regulation of public relations, including investment relations. Each state has features of economic development and security requirements that need to be considered upon engaging in investment activities. They should be reflected in the adoption of investment laws, as well as in the conclusion of international treaties, particularly in the form of reservations to them.

The last principle lies in protection of investments from free nationalisation, requisition, and other similar measures. Even though this wording is contained in the legislation of Ukraine, the latter does not define nationalisation. No regulation of Ukraine contains such a term. At the same time, there are several similar institutions: alienation of real estate objects for reasons of public necessity, confiscation. In case of failure to protect the investor's rights, the principle of full compensation for losses caused applies. Protection of the rights of investors in Ukraine is a long-standing and rather acute issue. For example, the case of *Sovtransavto-Holding v. Ukraine* (application No. 48553/99) [12] remains a relevant warning regarding the adoption of all measures to ensure the right to a fair trial. At the same time, the rights of Ukrainian companies as investors are violated by the Russian Federation. This refers

to at least eight cases that are being considered regarding violations of the rights of Ukrainian investors in Crimea [13].

Therefore, the legal grounds for interaction between participants in investment relations and the state should be clearly regulated. Moreover, their main purpose should be to protect the investment rights of all subjects. Statutory regulation of investment relations with ensuring the rights of their participants should be conducted both at the international and national level of legal regulation. In the context of the problem of protecting the rights of investors in Crimea, it is necessary to consider the need to introduce effective convention-based protection of such rights.

3. A combination of private law and public law principles upon investing in construction

Investment activities, including in the construction sector, combine private and public interests. Private law principles of civil law, namely the inviolability of private property rights, freedom of contract, and the inadmissibility of arbitrary state interference in the sphere of private interests of individuals, determine the value and purpose of investor rights in modern conditions [14]. Civil law constitutes an essential factor that ensures the approval and protection of a wide scope of rights of participants in investment relations, restrains excessive, unjustified interference of public authorities in the economic sphere. Public principles in governing investment activities in construction are reflected in the system of restrictions and proportionality of state intervention in civil relations. Restrictions can manifest themselves in restricting the freedom of contract and the freedom to make other transactions, prohibiting subjects of civil law from exercising powers relating to objects of civil relations in a certain way, in depriving certain benefits of a property and personal non-property nature [15].

All stages of investment activity in construction should be aimed at achieving the result – commissioning of fixed assets, production facilities and

registration of ownership of the construction object under the legislation of Ukraine. This purpose is achieved by an optimal combination of private principles of self-regulation of investment activity with public legal regulations of a permissive nature, considering the specific features of the construction sector. The symbiosis of private law and public foundations does not contradict the mechanism of legal regulation of investment relations in construction.

Public entities (state authorities, local self-government bodies) undoubtedly have imperative-public levers of influence on the investment activity subjects in construction. An essential aspect of updating the investment legislation of Ukraine is the need to develop private principles of participation of state and territorial self-government bodies in contractual relations in the field of housing construction, including on a share basis.

The public-legal basis for regulating investment activities in construction should be combined with the private interest of the state and territorial communities within the framework of equity participation agreements in investment projects. The share contribution of these entities could be, apart from local budget funds or state subventions, land plots and other property rights. The problem of correlation of market regulation of the sphere of joint equity investment should be solved based on a combination of private and imperative factors. At the same time, investment relations also include corporate relations, which are also governed on a combination of the principles of private or public law, depending on their content [16]. This approach is becoming generally accepted and does not contradict the trend of integrated regulation of public relations.

Corporate investment in construction combines the principles of legal regulation of corporate relations and provisions governing the procedure for implementing construction investment policy. The latter are mainly reduced to public regulations concerning the granting of appropriate permits and appro-

val of technical specifications, and private relations that mediate contractor's agreements and determine the legal status of the subject of corporate rights.

In investment relations, subjects of private law function on the principles of equality and lack of control over each other. Therewith, they must comply with the authority and administration regulations of public legal entities. The latter may violate the subjective civil rights of participants in private investment relations. In this aspect, it is necessary to strike a balance between state control over investment activities in the construction sector and the exercise of investors' rights according to the general principles of civil rights implementation.

Among the key issues demanding an urgent solution is provision of an effective mechanism for completing the construction of those facilities wherein investors have invested and which were not put into operation within a certain period. Thus, in its decision of April 10, 2018 in case No. 910/25314/13, the Supreme Court indicates that the fallacy of identifying property rights to an investment object and ownership rights to newly created real estate or objects under construction results in the choice of ineffective ways to protect the investor's rights [17]. If it is objectively impossible to complete the procedure for putting into operation an object completed by construction, the practice when the investor's property rights to the investment object are recognised is considered established (this refers to the decision of the Grand Chamber of the Supreme Court of March 20, 2019 in case No. 761/20612/15-ts) [18].

The lack of legal mechanisms to protect the rights of investors in case of unfinished construction projects, regardless of subjective or objective circumstances, create gaps, because of which investors are deprived of effective protection. The Supreme Court is trying to make up for the lack of norms that would govern the protection of investors' rights by applying the analogy of

statute, as well as creating essentially legal norms that would ensure the investor's right to access justice and efficient protection.

4. Combination of private law and public law foundations for the exercise of corporate rights

The exercise of corporate rights, which essentially constitute investment rights, is based on certain general provisions (principles) that govern the actions of participants in corporate legal relations. Even though the meaning of the principles is only general provisions, they can be provided for exclusively by law, that is:

- [1] directly established by it;
- [2] follow from its general meaning.

Thus, the principles of exercising corporate rights are provisions directly established by law or arising from its general meaning, which determine the content, conditions, and methods of exercising these rights.

Since the content of the rights of participants in business entities, which are corporate by their legal nature, is covered in the Civil Code of Ukraine [19], their civil nature is obvious. The principles of exercising corporate rights, as a rule, are of a private law nature.

Guided by the general meaning of the provisions of the Civil Code of Ukraine, the Laws of Ukraine “On Joint-Stock Companies” [20] and “On Limited and Additional Liability Companies” [21], it is necessary to distinguish a separate private legal basis for the exercise of corporate rights. It lies in the “correlation” relative to the size of the share(s) in the authorised capital of a business entity, namely in the “proportionality” of the exercise of corporate rights. In turn, depending on the type of ratio regarding the size of the share (number of shares), the principle of proportionality in the exercise of corporate rights can have two manifestations: proportionality “to” the size of the share (number of shares) that belongs to each particular participant (sharehol-

der), and proportionality “with” the percentage of the share (shares) established by law (5, 10, 95, etc. percent).

Codified private law principles for the exercise of all civil rights, including corporate ones, are prescribed in Article 12 of the Civil Code of Ukraine. It makes provision for two principles for the exercise of civil rights: the exercise of civil rights freely, at one's own discretion, and the exercise of civil rights in good faith and reasonably.

Thus, considering the provisions of the Civil Code of Ukraine, as well as the general meaning of acts of sectoral corporate legislation, the private law foundations for the exercise of corporate rights can be distinguished as follows:

1. exercise of corporate rights in proportion to the size of the share (number of shares) in the authorised capital of the company;
2. exercise of corporate rights freely, at its sole discretion;
3. exercise of corporate rights in good faith and reasonably.

The exercise of corporate rights is described by a combination of private law principles with public law ones. The public-legal foundations for the exercise of corporate rights are manifested in the case of restrictions on their implementation.

By their scope, there are two types of restrictions on the exercise of corporate rights:

1. restrictions on the exercise of independent subjective rights;
2. restrictions on the exercise of certain powers that are included in their content.

Thus, according to Part 1, Article 36 of the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” [22], persons authorised to perform the functions of the state or local self-government, as well as officials of legal entities under public law, are obliged to transfer their corporate rights to another person for management within 30 days after their appointment (election) to the position ac-

cording to the legislatively established procedure. This legislative provision exemplifies restrictions on the exercise of the entire set of corporate rights, since it prohibits such categories of persons from exercising their corporate rights personally.

Restrictions on the exercise of certain corporate powers are established in the Laws of Ukraine “On Capital Markets and Organised Commodity Markets” [23] and “On Joint-Stock Companies”. Thus, according to Part 8, Article 9 of the Law of Ukraine “On Capital Markets and Organised Commodity Markets”, preferred shares grant their owners the right to take part in the management of a joint-stock company only in cases prescribed by the charter and the law governing the creation, operation, and termination of joint-stock companies. Such is the Law of Ukraine “On Joint-Stock Companies”. Part 5, Article 26 of this Law defines the list of issues that are resolved by the general meeting of a joint-stock company involving the voting of shareholders-owners of preferred shares. In other words, holders of preferred shares do not have the right to vote on all issues resolved by the general meeting, but only on those established in Part 5, Article 26 of the Law of Ukraine “On Joint-Stock Companies”. Thus, the law makes provision for restrictions on the exercise of the right of shareholders-owners of preferred shares – the right to vote.

Restrictions on the exercise of corporate rights may also be conditioned upon proportionality with the size of the legislatively established (determined) share (number of shares). In particular, the comparison of the scope of the rights of participants (shareholders) with the minimum percentage size of the legislatively established share in the authorised capital (5, 10, or 95 percent), one can pay attention to the fact that other participants (shareholders) who have smaller shares are limited in certain rights: they cannot independently convene a general meeting of the company, their proposals to the draft agenda are not subject to mandatory inclusion, they do not have the right to independently conclude an agreement with an auditor to conduct an audit of the com-

pany's economic activities, they cannot demand the forced sale of shares to them by other shareholders of the company, etc. Thus, the scope of rights of the company's participants who do not have the required, legislatively established share size (they are entitled to less than 5, 10, 95 etc. percent, respectively) is narrowed in comparison with the scope of rights of those participants to whom such a share size belongs, since it does not include an entire scope of corporate rights.

The legal content (essence) of restrictions in the exercise of corporate rights is that they (restrictions) narrow the scope of rights of some subjects of corporate legal relations in comparison with other participants (shareholders) of the company. These restrictions, in particular, relate to the narrowing of the scope of rights: participants of the company who belong to the category of persons authorised to perform the functions of the state, and those who do not perform these functions (hereinafter referred to as “authorised persons”); owners of preferred shares in comparison with shareholders—owners of ordinary shares; participants who own a certain legislatively established amount of share, in comparison with participants without such a size, etc. These examples refer not to participants (shareholders) of a business company, but to certain categories (groups) of participants. For instance, these groups (categories) of participants include authorised persons; owners of preferred and ordinary shares; participants with less than the size of the legislatively established share and participants who have the same in the size prescribed. Restrictions in the exercise of corporate rights cannot be established regarding members of the company who are individualised on discriminatory grounds (Section 2, Part 1, Article 1 of the Law of Ukraine “On the Fundamentals of Preventing and Countering Discrimination in Ukraine”) [24].

Thus, restrictions in the exercise of corporate rights are established according to the criterion of the category (group) of participants, in comparison of one category (group) of participants of a business company with another,

which is the key to avoiding possible inequality in the exercise of corporate rights.

5. Social aspects of investment activity

Investment activity in Ukraine is carried out not only for the sake of profit. The special law states about achieving a social effect as one of the likely results of investment. Therefore, in modern conditions, the economic and social components of investment activity can be both independent and combined business goals. Ultimately, solving social problems and meeting the needs of society, combined with the desire to profit, is a unique symbiosis of social mission and business processes.

Although most enterprises are created to increase the invested capital, there are also those that start their work to social problems. The latter, considering the purpose of their creation, are called social enterprises [25; 26]. For social entrepreneurship, social activity is the main, not secondary, i.e., such that is possible due to the accumulation of excess profits. Therefore, if a business invests part of the profit to meet social needs, this still does not indicate that such an enterprise is social. At the same time, the social effect of investment activity is obvious.

The social effect of investment activities is primarily traced in increasing the level of employment, increasing incomes of the population, fighting poverty, ensuring a decent standard of living, and improving the state of the environment [27]. And the usual financing of socially useful events by enterprises was transformed into the so-called corporate social investment, which constitutes a component of the social responsibility of business, a kind of its obligation to act economically, socially, and environmentally justified methods, considering the interests of investors, customers, employees, partners, territorial communities, and the public in general [28]. As a result, the interests of all stakeholders are satisfied: the investor makes a profit, the state gets an increase in

opportunities for implementing the social function, and the population – an increase in the level and quality of life [29]. After all, social investing is not just about giving away money and other benefits, it is a sound and rationally organised strategy for building socially responsible behaviour. The implementation of such a strategy allows establishing a constructive public dialogue, provide opportunities for consolidating society on a constructive basis [30].

The concept of socially responsible business, which underlies social investment, requires a high level of transparency and openness of business activities, conscious rejection of unethical and illegal cooperation with partners, timely and full performance of obligations assumed to all business entities. The rejection of narrow corporate interests and the attitude towards obtaining a positive social effect, along with making a profit, allows enterprises to develop their original strategic line of behaviour in the market, according to which business is increasingly involved in the development of local communities and the development of society in general [31].

In Ukraine, special regulations to mediate the social component of investment activity have not yet been adopted. And legal support for investment to solve social problems is indirectly carried out according to the Economic and Tax Codes of Ukraine, the Law of Ukraine “On Public Associations”, the Law of Ukraine “On Charitable Activities and Charitable Organisations”, the Law of Ukraine “On Social Services”, the Law of Ukraine “On State Targeted Programmes”, and the Law of Ukraine “On Public-Private Partnership” [32].

Despite this, social entrepreneurship exists and functions quite successfully. The lack of regulatory requirements for characterising investment activity as social makes it difficult to attract a wider range of entrepreneurs to this socially important activity. Therefore, since 2013, the Verkhovna Rada of Ukraine has discussed several draft laws on social enterprises, the developers of which sought to change the ideology of social entrepreneurship: from charitable activities funded by the state to economic activities to achieve state so-

cial results. The last of these draft laws provides the following definition of a social enterprise: “a business entity formed by legal entities and/or individuals whose priority is to achieve social results, particularly in the field of healthcare, education, science, culture, the environment, the provision of social services and support for socially vulnerable groups of the population (unemployed, low-income, elderly, persons with disabilities, and other legislatively established persons) [33]. In addition, the same draft law proposes the main requirements and criteria of social enterprises, and expressly describes the algorithm for obtaining the corresponding status. However, not a single draft law was ever passed. The obstacles that the developers of these draft laws came across were too broad and vague definitions of concepts and excessive tax incentives. Moreover, the draft laws were recognised as dangerous from the standpoint of corruption risks.

The development of Ukraine as a socially oriented state largely depends on the cooperation of national policy and business efforts in expanding social investment. Notably, social entrepreneurship, unlike conventional entrepreneurship, carries a double burden and double risks: social and economic. Therefore, there is a growing need to adopt a law that would define the basis for legal incentives for investment in social entrepreneurship as one of the main types of entrepreneurial activity.

6. Conclusions

Efficient legal regulation of investment activities requires a combination of private law and public law foundations (principles), which will ensure proper conditions for investment activities. Private law principles ensure equal rights for all participants in investment relations, recognise the value of the investor's rights, and provide an opportunity to choose objects, forms, and spheres of investment activity. Thus, investment relations undergo a dispositive impact.

Investors are granted a wide scope of rights to streamline investment relations by entering into investment agreements based on the content, which can be either named or unnamed, as well as in the approved constituent documents of corporate-type legal entities. Thanks to this private law tool, investment activity is self-regulated. In the absence of a particular legal norm in the investment legislation of Ukraine, the courts may use the relevant norms contained in the above-mentioned documents to resolve the issue of protecting the rights of investors in particular investment disputes.

The public-legal foundations of investment activity make provision for the establishment of justified, sound restrictions on the implementation of investment activities, as well as the implementation of state control to prevent dishonest behaviour of participants in investment relations. The establishment of regulatory responsibility in the field of investment activity, the introduction and application of the principle of responsible investment should be considered a manifestation of public principles. At the same time, state interference in investment (civil) relations should be justified and performed solely to ensure the rights of participants in investment relations and ensure the national and social security.

The establishment of private law and public law foundations for legal regulation of investment activity should be systematic. Therewith, such consistency should manifest itself at all levels of legal regulation: from international to local.

References

1. Association Agreement Between Ukraine, Of the One Part, and the European Union, the European Atomic Energy Community and Their Member States. (2014). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text
2. Law of Ukraine No. 1560-XII “On Investment Activity”. (1991). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1560-12#Text>

3. Law of Ukraine No. 1457-III “On the Elimination of Discrimination against Taxation of Business Entities Created with the Use of Property and Monetary Origin”. (2000). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1457-14#Text>
4. Judgment of the Constitutional Court of Ukraine. (2002). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-02#Text>
5. Law of Ukraine No. 155-IX “On the Concession”. (2019). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/155-IX#n350>
6. Introduction to Responsible Investment. (2021). <https://www.riacanada.ca/responsible-investment/>
7. Principles of Responsible Investment Activity University of Helsinki and Helsinki University Funds. (2019). https://www2.helsinki.fi/sites/default/files/atoms/files/hu_principles_for_responsible_investment_activities.pdf
8. Strategies for Responsible Investing. (2021). <https://www.eurosif.org/responsible-investment-strategies/>
9. Maistrenko, O.V. (2015). Socially Responsible Investing: The Western Experience. *Effective Economy*, 10, 1-5.
10. Lenivsky, R. (2021). Legal Basis of Investment Cooperation Between Ukraine and China. <http://tuipravo.info/publikatsii/novyny-kompanii/item/3121-ruslan-lenivskyi-pravovi-osnovy-investytsiinoi-spivpratsi-ukrainy-ta-knr.-html>
11. Paris Agreement. (2015). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995l61#Text>
12. Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of “Sovtransavto-Holding” vs Ukraine”. (2002). https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_043#Text
13. Yurlov, M. (2018). Protection of Investments in the Occupied Territories. *Legal Newspaper Online*, 21-22, 623-624.
14. Rym, T.Ya. (2021). *Legal Regulation of Investment Relations in the Field of Construction: Civil Law Aspect*. Lviv: Ivan Franko National University.

15. Kubko, A.Ye. (2012). *Realization of Public Interests in Civil Law of Ukraine*. Kyiv: Kyiv University of Law.
16. Kharitonov, E.A. (2013). *"Corporate Law" and "Corporate Legislation": to the Problem. Improving the Legal Regulation of Corporate Relations*. Kyiv: Law of Ukraine.
17. Resolution of the Supreme Court. (2018). <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73441860>
18. Resolution of the Grand Chamber of the Supreme Court. (2019). <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81329476>
19. Civil Code of Ukraine. (2003). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>
20. Law of Ukraine No. 514-VI "On Joint Stock Companies". (2008). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17#Text>
21. Law of Ukraine No. 2275-VIII "On Limited and Additional Liability Company". (2018). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19#Text>
22. Law of Ukraine No. 1700-VII "On Prevention of Corruption". (2014). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>
23. Law of Ukraine No. 3480-IV "On Capital Markets and Organized Commodity Markets". (2006). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15#Text>
24. Law of Ukraine No. 5207-VI "On the Principles of Preventing and Combating Discrimination in Ukraine". (2012). <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17#Text>
25. Svinchuk, A.A., Kornetsky, A.O., Goncharova, M.A., Nazaruk, V.Y., Gusak, N.E., Tumanova, A.A. (2017). *Social Entrepreneurship: from Idea to Social Change. Manual*. Kyiv: Ven Enterprise LLC.
26. Smaglyi, K. (2014). *Changes to Create Each of Us: Social Entrepreneurship and Strategic Philanthropy*. Kyiv: Kyiv-Mohyla Academy Publishing House.
27. Maltseva, I.V. (2005). *Formation and Assessment of Social Directions of State Investment Policy in the Region*. Donetsk: State University of Management.

28. Levchenko, Y.I. (2011). Non-Commercial Investment – a Gap in the Economic Legislation of Ukraine. *Bulletin of the National Law Academy of Ukraine named after Yaroslav Mudryi*, 6, 163-169.
29. Lopushnyak, G. (2010). Social Component of Investment Policy of Ukraine. *Democratic Governance*, 5, 1-8.
30. Shapoval, V.M., Shapoval, I.A. (2013). *Social Investment as a Tool for Implementing Social Programs Today*. Dnipro: National Mining University.
31. Bazylyuk, B.G. (2017). World Experience of Social Investment and Opportunities for Its Adaptation in Ukraine. *Social and Labor Relations: Theory and Practice*, 2, 370-377.
32. Kosovych, V., Kosovych, B., Rym, O. (2021). Investment of Social Entrepreneurship in Ukraine: Current Issues of Legal Regulation. *Financial and Credit Activities: Problems of Theory and Practice*, 2(37), 467-475.
33. Draft Law of Ukraine "On Social Enterprises". (2015). <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=54903&pf35401=339432>

SEZIONE III

TSUBASA DOI

Associate Professor, Graduate School of Law, Hitotsubashi University
Visiting Scholar, Department of Legal Sciences, University of Florence
doi.t@r.hit-u.ac.jp

**AN INTERIM REPORT ON "SUBJECTIVIZATION" AND
"OBJECTIVIZATION" OF ADMINISTRATIVE LAW: BOOK
REVIEW OF LUIS MEDINA ALCOZ, LIBERTAD Y
AUTORIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.
DERECHO SUBJETIVO E INTERÉS LEGÍTIMO: UNA
REVISIÓN, MADRID, MARCIAL PONS, 2016**

ABSTRACT

The interplay between rights and the public interest is a crucial issue in administrative law. Recent developments in Germany and France regarding the "objectivization" or "subjectivization" of administrative litigation have brought this issue to the forefront. In his book, "Libertad y autoridad en el Derecho administrativo," Luis Medina Alcoz offers an invaluable perspective on administrative law in France, Italy, Germany, and Spain, tracing its evolution from the 19th century to the present and emphasizing the importance of the concepts of rights within the administrative law system. Its sharp insights and broad scope make it a significant contribution to the field. However, this paper explores the book's significance from a different angle. By examining the arguments that the book does not fully address and the underlying assumptions it makes about key concepts, this paper will demonstrate that the book not only describes a possible conception of administrative law, but also raises numerous important issues for further academic inquiry.

KEYWORDS: Subjectivization and Objectivization - Rights - Legitimate Interests - Maurice Hauriou - Santi Romano – German New Science of Administrative Law

INDEX: 1. Introduction. - 2. Summary. - 2.1. Chapter 1: "Approach to the Study". - 2.2. Part 1: "Concepts of Subjective Rights and Legitimate Interests in General". - 2.3. Part 2: "The Development of the Concepts of Subjective Rights and Legitimate Interests in Administrative Law". - 2.4. Part 3: "Subjective Rights and Legitimate Interests in Contemporary Administrative Law". - 3. Critique. - 3.1. General Comments. - 3.2. Potential of Objective Construction. - 3.2.1. Two Layers of Law: Maurice Hauriou. - 3.2.1.1. Implication of the concept "subject". - 3.2.1.2. Two Layers of Law. - 3.2.2. Collectivist Objective

Construction: Santi Romano. - 3.2.2.1. Structure of Collectivist Substantive Administrative Law. - 3.2.2.2. Correspondence of Duties and Powers. - 3.2.3. Relationship between Constitutional Principles and Administrative Law: Eberhard Schmidt-Aßmann and the New Science of Administrative Law. - 3.2.3.1. Protective Norm Theory. - 3.2.3.2. New Science of Administrative Law. - 3.3. Issues on Subjectivization and Objectivization of Administrative Law. - 3.3.1. Constitutional Principles and Administrative Law. - 3.3.2. Correspondence of Rights and Obligations. - 3.3.3. Full Judicial Protection. - 4. Conclusion.

1. Introduction

In 2000¹, a proposal was made to systematize administrative law based on the concept of jural relation (*Rechtsverhältnis*) between administration and citizens in East Asia.² In contrast, another proposal was made to systematize administrative law based on the concept of "cohesive interest," a concept rooted in objective law, which compounds various interests into the public interest³. The increasing significance of indivisible interests that cannot belong exclusively to individual subjects (e.g., environmental or consumer interests) is one of the factors driving this debate.⁴ The fundamental question is whether to uphold the existing administrative law based on the concept of rights by interpreting these interests in terms of individual rights by refining this concept (subjective construction) or to embrace an alternative administrative law based on the concept of interests (objective construction).

This phenomenon is not limited to Japan and is also observed in continental European countries. For example, the *objectivization* of administrative law in Germany, the birthplace of *subjective* public rights (*subjektive öffentliche Rechte*) theory⁵, and the *subjectivization* of *recours pour excès de pouvoir* in France, the origin

1 This work was supported by JSPS KAKENHI Grant Number JP21K01143. I would like to thank Leonardo Ferrara, Yuta Ikeda, Osamu Nishigami, Genta Okanari, Luca Raffaello Perfetti, Bernardo Sordi, Tomohiko Tatsumi, Aldo Travi, and Akito Uno for the comments that greatly improved the manuscript. Nevertheless, any errors are my own and should not tarnish the reputations of these esteemed persons.

2 See R. Yamamoto, *Gyoseijo no Shukanbou to Houkankei* [Rights and Jural Relations in Administrative Law], Tokyo, Yuhikaku, 2000, pp. 443ff.

3 See T. Nakano, *Koukenryoku no Koushi Gainen no Kenkyu* [Imperium, Substantive Law, Jurisdiction], Tokyo, Yuhikaku, 2007, pp. 271ff.

4 See T. Tatsumi, *Daisanshakou no Kenkyu* [On Third-party Effect of Judgments], Tokyo, Yuhikaku, 2017 pp. 367-368.

5 Vgl. Ch. Marxsen, Der subjektive Rechtsschutz nach klassischem Konzept und Tendenzen seiner Objektivierung, Die Verwaltung 53 (2020), S. 215.

of *objective* administrative jurisdiction⁶, suggest that the administrative laws of these countries are transforming. However, no comprehensive study of this phenomenon has been recently conducted in France and Germany. In this situation, the book under review, "*Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*" (hereinafter referred to as 'the book')⁷ by Luis Medina Alcoz (hereinafter referred to as "the author") presents a thorough examination of the fundamental issue of rights and legitimate interests in administrative law in four continental European countries: France, Germany, Italy, and Spain. The book is an invaluable contribution to the scholarship.

After reviewing the book's outline, we will examine the significance of the diagram depicted, which shows the transition from an administrative law based on the authoritative concept of interests to one based on the liberal concept of rights. This paper aims to clarify the book's contribution and future challenges for administrative law. Note that we focus on the significance of the book as a comparative legal study and do not evaluate its aspects as a study of Spanish law. In the following discussion, the page numbers in parentheses refer to the corresponding pages in the book.

2. Summary

The book comprises three parts, totaling nine chapters. The first chapter provides an overview of the book's purpose and methodology. Part 1 (Chapters 2 and 3) explores the general concepts of rights and legitimate interests. Part 2 (Chapters 4-7) delves into the theories of rights and legitimate interests in France, Italy, Germany, and Spain. Finally, in Part 3 (Chapters 8 and 9), the

6 V. J. SIRINELLI, « La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir », *RFDA* 2016, p. 529.

7 Several reviews already exist. V. D.U. FERNÁNDEZ-BERMEJO, *Revista de Administración Pública*, núm. 202, 2017, p. 491; A. TRAVI, *Diritto pubblico*, 2017, p. 954; L.R. PERFETTI, *Diritto processuale amministrativo*, 2018, p. 1187.

This review challenges the conclusion of a previous review that the book presents a "meticulous analysis" of the laws of each country and offers "solid reasons" in favor of the subjective construction of administrative law (FERNÁNDEZ-BERMEJO, *cit.*, p. 495).

book presents a conception of rights and legitimate interests under the Spanish Constitution.

2.1. Chapter 1: "Approach to the Study"

The main question explored throughout the book is presented in Chapter 1(23): whether and to what extent can a private person invoke objective law as a right that deserves full judicial protection when the administration violates the law? To answer this question, the book sets two objectives (26). First, we clarify how Spanish law has shaped the concept of legitimate interests. The objective is achieved through historical analysis of the concepts of rights and legitimate interests in France, Italy, Germany, and Spain. Second, based on historical research, the book develops a conception of rights and legitimate interests.

2.2. Part 1: "Concepts of Subjective Rights and Legitimate Interests in General"

Chapter 2, "Individuals and Liberty: Concept of Subjective Right," explores the development of the concept of rights until the early 19th century. It focuses on Immanuel Kant as a significant contributor to continental European legal philosophy. Although Kant's conception faced opposition in the early 19th century, it, in fact, laid the foundation for the general theory of law (53).

Kant thought that concepts such as liberty, equality, categorical imperatives of non-instrumentalization, the state, the separation of powers, and rights are rooted in human nature and reason. Reason leads to the autonomy of individuals' will, liberty in a broad sense as "independence from the arbitrariness of others." This liberty grants equality to all humans and presents the categorical imperative of not treating others as instruments. However, since humans tend to instrumentalize others for their benefit, a state must be established and

enforce this categorical imperative. Therefore, the state's sole purpose is to protect liberty, and to achieve this, state power must be divided (36-39).

Legislative power is responsible for enacting laws that regulate conflicting liberties by defining their boundary: it assigns rights to those whose liberty should be protected and obligations to those whose liberty should not be enforceable. In this sense, rights and obligations must correspond to each other. Thus, the legislator should not impose obligations for a purpose other than resolving mutual conflict of liberties: objective law is always the "sum of rights" (39-54).

The judicial power is responsible for interpreting the law and enforcing the rights. The inherent nature of all substantive rights is their enforceability. Without this, the state could arbitrarily choose whether to protect an individual from harm by others. On the other hand, the right to sue that is not backed by a substantive right is not acceptable because the use of proceedings to protect not proper interests but social interests, that is, the observance of objective law, cannot be justified by the state's sole purpose of protecting individuals' liberty. Furthermore, judicial power must be independent of executive power and not be support biased, non-adversarial procedures that compromise the protection of rights as such actions would infringe on natural liberty and go against the concept of rights, which implies guaranteed full judicial protection (40-42; 57-59).

How was the concept of rights received in administrative law? By the mid-19th century, public administration was seen as a mechanism to protect individual liberties. Within administrative activities, police activities were central to legislation and scholarship. The law governing police was equivalent to private law as it regulated the relationships between individual liberties (59-63). The concept of rights could order administrative activities, but there was no way to achieve an entirely lawful administration while maintaining individual

protection. Consequently, administrative law deviated from the liberal conception described above (68-69).

Chapter 3, "Society and Authority: Concept of Legitimate Interests," examines the shifts in legal thinking that have paralleled societal changes since the late 19th century. This chapter highlights Rudolf von Ihering, who saw the law as a social tool and placed the concept of interests at the center of his conception of rights. The chapter also demonstrates how the concept of the general interest and functionalist approaches to law gained prominence due to the growing state intervention in society (72-74).

Ihering defined rights as legally protected interests. This definition allowed the state to identify interests or purposes to be protected by the parliamentary act and to allocate rights based on their contribution to these interests or purposes. Thus, protection of collective interests became reasons for the existence of the state, objective law, and rights. Personality was seen as a means to serve the general interest (72-78). Ihering's theory had two impacts on procedural law. First, a right to sue not backed by substantive right is now acceptable. Second, duties that cannot be enforced in court appeared because he abandoned the principle of correspondence: objective law can protect overall welfare but not individual liberty, and such laws do not grant rights to individuals. While they may still benefit from such laws, this phenomenon is referred to as the "reflexive effect (*Reflexwirkung*)" and is differentiated from a right (79-84).

As state intervention increased in the late 19th century, academics focused on explaining how the law was used to promote the general interest and protect society. To this end, administrative law scholarship followed Ihering's theory and viewed substantive administrative law as a system that advanced the public interest and administrative litigation as a particular type of litigation distinct from civil litigation (87-90). The focus of academic debate centered around whether an individual could claim the violation of law by the administration as their right and receive full judicial protection when the violation

harmed him or her. Scholars generally agreed that such an individual could not claim rights when the law in the case aimed at protecting the general interest. This trend reflected authoritarianism and challenged liberalism (92-95). However, after WWII, constitutions reevaluated the concept of rights and relativized the particularity of administrative law. Despite this, its underlying conceptual structure traces back to the traditional authoritative framework (96-97).

2.3. Part 2: "The Development of the Concepts of Subjective Rights and Legitimate Interests in Administrative Law"

In Part 2, the book's central thesis regarding the conflict between the concepts of rights and interests in administrative law is analyzed in depth.

Chapter 4, "France," focuses on the situation in France. The *recours pour excès de pouvoir* is a legal remedy against administrative acts (*actes administratifs*). To receive a remedy, a plaintiff must show personal prejudice from the contested act. However, the concept of interest (not the concept of right) was used to explain this "personal prejudice" requirement, leading to a substantive law prioritizing the public interest over private rights. Nevertheless, the *Conseil d'État*'s precedents have effectively balanced the demands for the protection of individuals and administrative obedience to the law (103-109). Currently, French jurisprudence has shifted toward a rights-based system. First, the denial of substantive rights is no longer explicitly stated. Second, the subjectivization of administrative law is emphasized. The recent legislative reforms, such as the reinforcement of *référé*, denote this shift (111-113).

Chapter 5, "Italy," focuses on the situation in Italy, where individuals could not have rights against the public administration responsible for the general interest. The administrative jurisdiction created by the Law of 1889 was less independent and protective of citizens than civil tribunals. To justify this situation, scholars developed the concept of "legitimate interests (*interessi legittimi*)" as a subjective legal status alongside rights. Such a system was consistent with fascism. Despite this, the current Constitution did not change the fra-

mework (116-123). However, postwar academics aimed to increase judicial protection while staying within the framework. In recent years, case laws and legislation have favored the protection of rights, and the concept of legitimate interests has lost much of its relevance, now mainly serving as a criterion for determining jurisdiction (124-128).

Chapter 6, "Germany," focuses on the situation in Germany. Ihering's theory was the foundation for public law theory, according to which objective law aimed at the general interest could provide factual interests but not rights. The Nazi regime took these ideas to the extreme without changing the legal system and theory in the Weimar Republic (130-141). The Bonn Basic Law placed human dignity as the foundation of the legal order and guaranteed the right to sue, making objective administrative law subjective. However, the subjectivization of administrative law is not complete due to "protective norm theory (*Schutznormtheorie*)," which makes the right to sue dependent on whether a provision aims to protect individual interests from illegal administrative activities. This theory contradicts the Basic Law, and thus, there is a strong movement to criticize it (142-150).

Chapter 7, "Spain," focuses on the situation in Spain. Throughout the 19th century, the term "rights" dominated Spanish administrative law. The Law of 1888 conceived administrative litigation as a proceeding to protect the "rights of an administrative character." The term "interest" did not have authoritative connotations (155-163). However, this seemingly rights-oriented construction was, in practice, oppressive: the "rights of an administrative character" were considered as rights inferior to "rights of a civil character" and did not provide citizens with full judicial protection (164-168). After 1900, Spanish doctrine started to use the expression "interest" in the same sense as in other countries. Interestingly, some scholars substituted the concept of rights with the concept of interests to expand judicial protection within the regime of

1888. The legislature under the 1931 Constitution also expanded judicial protection, albeit with limitations (170-177).

The Administrative Litigation Jurisdiction Act (LJCA 1956) marked a significant milestone in relegating administrative justice to ordinary courts. However, individuals who suffered damages from the unjust exercise of administrative powers could only claim "direct interests" instead of rights, and their legal remedies were limited. Eduardo García de Enterría tried to change this situation by interpreting LJCA 1956 by seeing these "direct interests" or "legitimate interests" as a type of right deserving full judicial protection. Unfortunately, the success of this theory led Spanish case law and scholarship to overlook the true meaning of the concept of legitimate interests, claiming that it would provide stronger protection to individuals than the concept of rights (185-197).

According to the prevailing opinion, individuals affected by illegal administrative activity are granted rights, those whose interests are not impacted have only a factual interest, and those in between are considered to have a legitimate interest. This legitimate interest is viewed as a status in substantive law, but in reality, it is standing to sue in other countries. This prevailing view emphasizes legitimate interests (not rights) to enlarge access to courts under LJCA 1956 because the administrative jurisdiction of 1888, which was based on the concept of rights, provided only limited protection. Thus, the prevailing view is not based on legal logic but on historical circumstances (197-214).

2.4. Part 3: "Subjective Rights and Legitimate Interests in Contemporary Administrative Law"

In Part 3, the concepts of rights and legitimate interests to be adopted in contemporary administrative law are laid out.

Chapter 8, "Subjectivization and Objectivization of Administrative Law," focuses on conflicting motivations in contemporary administrative law. The rule of law subjectivizes administrative law: an objective law is considered a

right when the administration's violation of the law affects the individual (217-220). In contrast, the social state objectivizes administrative law and even permits the government to limit fundamental rights to benefit society as a whole. However, while general interests were used to deny judicial protection, today, these general interests can only provide broad legislative discretion. This discretion compromises individualism and collectivism (229-234).

The so-called "new science of administrative law" in Germany suggests that the norms governing administration do not necessarily align with those that serve as the basis for individuals' rights. However, if the former norm is a legal norm, then it must be considered the basis for rights, and conversely, if it does not serve as the basis for rights, then it is not a legal norm. This approach assumes the *Schutznormtheorie*, which must be challenged (236-238). Law & Economics shows that many rights granted by legislators serve a social purpose and can be analyzed to maximize society's overall utility. However, the Constitution grants some rights solely due to being human. Therefore, it is questionable whether such an analysis is entirely compatible with the Constitution (238-242).

Chapter 9, "Subjective Right as a Real Problem and Legitimate Interests as a Verbal Problem," concludes the book. The concept of rights provides a standard that determines if an objective law permits the citizen to request a particular administrative act and to seek full judicial protection. Spanish law has made its procedural law subjective but substantive administrative law has not yet been subjectivized as not all administrative duties correspond to the rights of citizens. The criteria for whether a substantive norm functions as a right is whether its nonfulfillment results in harm that can be considered a special impact on citizens. Article 24 of the Spanish Constitution adopts this criterion, and the procedural system's design must align with this article (243-262).

If the Constitution subjectivizes substantive administrative law, then administrative discretion also becomes a matter of a right. When administrative

discretion is granted, citizens do not have the right to demand a specific decision. However, the administration is bound by obligations, such as the prohibition against arbitrary decision, that grant corresponding rights, which serve as an instrument for the final decision (262-266). The distinctive feature of discretionary decisions is that in addition to applying the norm, they set some content where the norm is exhausted. In contrast, the distinctive feature of court decisions is that they only apply norms (266-271).

What is crucial in contemporary administrative law is to analyze the concept of rights as the autonomy of will and to explain the constitutional requirement that a violation of an administrative law norm results in full judicial protection regardless of the purpose of the norm. Of course, because legitimate interests are a constitutional concept, academics must still address this concept, but this is merely a matter of terminology, and the substantive issues surrounding the concept of rights are far more important (272-275).

3. Critique

3.1. General Comments

The book addresses one of the most important issues in contemporary administrative law, namely, its subjectivization and objectivization, and covers major continental European administrative law. Moreover, the book provides a broad overview of the complicated situation of laws in various countries: administrative law built on an iusnaturalistic, liberal, and individualistic concept of rights was reformulated by an authoritative and collectivistic concept of interests however, after WWII, the concept of rights came back. This overview helps readers grasp the book's construction.

Of course, there is no academic literature without its problems. In what follows, we point out two shortcomings. First, the treatment of the individual authors is somewhat lacking in subtlety, and thus some of the suggestions that could have been made are left out. Second, the concepts that form the core of

the book's arguments, or the arguments themselves, are unclear. By examining these issues, we can examine the book's contribution more clearly and provide a nuanced perspective.

3.2. Potential of Objective Construction

The book presents administrative law based on the concept of interest as an object to be overcome, connecting it to "authoritarianism," "collectivism," and "society as a whole," which are opposed to "liberalism," "individualism," and "individual." However, using these modifiers to describe individual theories may oversimplify complex conceptions.

The following examples from France, Italy, and Germany illustrate nuances the book overlooks by qualifying these as "authoritative." The examination may seem technical, but "nuance is important" (227): it will highlight some points in the subjectivization or objectivization of administrative law.

3.2.1. Two Layers of Law: Maurice Hauriou

The book critically refers to Maurice Hauriou's⁸ concept of *recours pour excès de pouvoir* as an action other than an action for rights protection, *recours de plein contentieux* (107-108) by framing Hauriou's argument as an "anti-individualistic" conception (107, 177, 245) that "alienates" the will of the individual (111). His theory of institution depicts the legal status of the individual against *puissance publique* as "subject [*sujet*]," who only has the liberty to submit and adhere to the common ideals embodied in the state and objective law and does

8 The book refers to Hauriou's three books: M. HAURIOU, «La gestion administrative», en *Obra escogida*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976; *id.*, *Précis de droit administratif*, 8^e éd., Paris, Sirey, 1914 and *id.*, *Principes du droit public*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1916. It simply lists them without accounting for the fact that *La gestion administrative* was published in 1899, before Hauriou consolidated his theory of institution, that is first formulated in *Précis de droit administratif*, 6^e éd., Paris, Sirey, 1907 (The well-known expression "*institution des institutions*," which the book reproduces with quotation marks, also comes from *ibid.*, p. IX). Therefore, it should have demonstrated that such an arrangement was theoretically justifiable.

not allow individuals to assert their own rights. Individuals can only pretend to the violation of objective law in the public interest.

3.2.1.1. Implication of the concept "subject"

Two points⁹ can be raised regarding this explanation.¹⁰ First, this explanation fails to grasp the implications of Hauriou's theory, which denies rights to the subject. Hauriou describes individuals as "subjects" because the administration can change the jural relations with them without their agreement. In other words, private individuals are subjects without rights, as they can be subjected to the unilateral discipline of jural relations.¹¹ In short, the absence of rights for the subject against administrative acts (*actes administratifs*) is inextricably linked to recognizing the prerogative of priority (*privilège du préalable*) of public authority.

Explaining the status of subjects through the theory of institution is significant in understanding the public and *erga omnes* nature of administrative acts. If administrative acts concern public matters, then the discipline of jural relations through administrative acts must be respected not only between the

9 Other questions can be posed. For instance, although somewhat unclearly, the book may suggest a strong influence of Ihering to Léon Duguit and Hauriou (106). However, Hauriou is critical of Ihering based on Jean Domat (M. HAURIU, *Principes de droit public*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 256-257; *id.*, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., Paris, Sirey, 1907, p. 6-7); Although Hauriou uses the term 'legitimate interests (*intérêts légitimes*)', it might not have been borrowed from Ihering but from Dante Majorana (cfr. *Ibid.*, p. 33 n.1 ; D. MAJORANA, « La notion du droit public subjectif », *Recueil législation de Toulouse*, 1906, p. 1).

The book emphasizes Ihering's influence throughout, and this is an important contribution. However, as it appears here, the existence of such influence is not adequately supported by quotations and references or comparison of textual wording.

10 For a more detailed interpretation of Hauriou's texts, see T. Doi, *Naatenin naki Gyoseikoui no Houteikikouzu* [*A Transformation of Administrative Action*], Tokyo, Yuhikaku, 2021, pp. 207-236.

Hauriou's theory has traditionally been distinguished three phases: early, middle, and late (v. par exemple, Julien BONNECASE, « Une nouvelle mystique », *Rev. gén. dr.* 1931, p. 241). We examine Hauriou's mid-period theory, for instance, one presented in M. HAURIU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, because the book presumably regards this as Hauriou's theory.

11 V. M. HAURIU et G. DE BEZIN, « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *RTD civ.* 1903, p. 554 et s. As the year of publication shows, the concept of subject is not a consequence of the theory of institution. Hauriou maintained this concept before and after the formation of the theory (v. aussi, M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 11^e éd., 1927, p. 362).

parties, i.e., the administration and private individuals but also by everyone.¹² Then, the *erga omnes* effect of the judgment of *recours pour excès de pouvoir* can be interpreted as a procedural manifestation of this principle. If we re-project this consideration on the issue of the addressee of an administrative act, then the distinction between the direct addressee and third parties becomes less important. Therefore, Hauriou endorses the *Conseil d'État's* case law, which classifies not only individual acts but also rule-establishing acts as administrative acts. "Executive administrative decisions, even the most particular ones, appear as a small legislative act or a small administrative regulation, which are threatening, even before they are really applied because they modify the state of the law."¹³ Hauriou's theory of institution addresses this issue by arguing that the statuses of individuals are inextricably linked to each other and to the institution they are a part of.¹⁴

If we suppose that administrative acts are valid until annulled, then providing a theoretical framework for this principle is necessary. This was the issue that Hauriou was trying to confront with concepts such as subject, the prerogative of priority, and the theory of institution.

The judicial protection that the book focuses on is a problem that arises after these concepts have been granted. Therefore, it is pointless to criticize Hauriou by arguing that he does not give full judicial protection because he denies rights to the subject and thus presents an authoritative theory. Even if Hauriou does not admit "full judicial protection,"¹⁵ it does not support the

12 While this is not a logical necessity, when Hauriou abandoned the authoritative-act/management-act dualism that he initially adopted (Comparez M. HAURIOU, *supra* note 8, *Précis*, p. 412-413 et *id.*, *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 7^e éd., 1911, p. 418), such recognition exists in the background (v. *ibid.*, p. 424-425).

13 M. HAURIOU, Note sous C.É., 8 mars 1912 *Lafage* et *Schlemmer*, in A. HAURIOU (dir.), *Notes d'arrêts sur décisions du conseil d'État et du tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928*, t. 2, Paris, Sirey, 1929, p. 140-141.

14 V. M. HAURIOU, *supra* note 7, p. 170-172. The concept of the law of discipline (*droit disciplinaire*), mentioned below, also concerns here (v. *Ibid.*, p. 139-143; M. HAURIOU, *supra* note 8, p. 130-135).

15 We will point out later that the content of this concept is unclear.

book's critique because of the different situations in which the book and Hauriou pose the term 'rights.'

3.2.1.2. Two Layers of Law

While the first point of inquiry pertains to substantive law, the second pertains to procedural law. Hauriou questions the book's assumption that administrative jurisdiction should always provide full judicial protection of rights by giving a novel but traditional interpretation of the distinction between *recours pour excès de pouvoir* and *recours de plein contentieux*.

As mentioned, Hauriou's concept of the subject was based on the prerogative of priority; he expanded this notion in his dispute with Duguit, arguing that there are "two layers" of law.¹⁶ On the one hand, substantive law (*droit du fond*), the law of legal transactions, governs the balance of assets (*patrimoine*) for commutative justice. When substantive law is prejudiced, petitory action (*action pétitoire*) protects substantive rights. On the other hand, the law of discipline protects public order and factual situations. When the law of discipline is violated, police measures are taken quickly and decisively to restore the factual situation. Administrative acts belong to this layer: the prerogative of priority enables the administration to act and enforce this action before substantive law functions. Furthermore, there is a relationship between the two: the factual situation should first be quickly restored by the measure of discipline, and then the issue of rights should be resolved by substantive law.¹⁷

According to Hauriou, the distinction between an action in merits and an action in possession in civil litigation can be better understood using this distinction.¹⁸ The protection of possession is a police measure that maintains so-

16 V. M. HAURIU, *supra* note 8, p. 799 et s.

17 Cfr. M. HAURIU, *supra* note 7, p. 46.

18 Hauriou affirms that the protection of possession has a meaning independent of the protection of property rights; he refers to the debate between Rudolf von Ihering and Friedrich Karl von Savigny over this issue (v. M. HAURIU, Note sous C.É., 3 juin 1906, *Carteron*, in A. HAURIU (dir.), *supra* note 12, p. 125 et s.).

cial order or peace while also protecting the interests of the individual possessor.¹⁹ For example, various restrictions imposed on the action in possession, such as a short time limit for filing an action and not allowing a hearing on the merits (*règle de non cumul*), embody these ideas. Then, Hauriou projects this distinction between actions in possession and actions on merits onto the distinction between *recours pour excès de pouvoir* and *recours de plein contentieux*.²⁰ The former is a kind of *réintégrande*.²¹

Regardless of the validity of Hauriou's argument, which is important here is that Hauriou provides a rationale for actions other than those for rights protection, in keeping with the tradition of Roman law, which distinguishes between possession and ownership.²² The book emphasizes natural law theory and its application to civil law; however, it does not consider the perspective of possession. Hauriou's argument suggests that the book's emphasis on the "tradition" of rights may be a contentious choice, even in private law.

3.2.2. Collectivist Objective Construction: Santi Romano

The book critically refers to Santi Romano's²³ concept of duties (120-121): Romano presents an "authoritative" conception (177, 245) because he denies the correspondence between duties and rights, and concerning such duties, citizens may be deprived of any legal measures.

3.2.2.1. Structure of Collectivist Substantive Administrative Law

19 This conception is not unique to Hauriou: vgl. z.B., L. Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: *Summum ius summa iniuria*, Tübingen 1963, S. 154.

20 V. M. HAURIOU, *supra* note 17, p. 125 et s.

21 V. M. HAURIOU, *supra* note 17, p. 125 ; *id.*, Note sous C.É., 21 nov. 1913, *Larose*, in A. HAURIOU (dir.), *supra* note 12, p. 69.

22 On the concept of possession in Roman law, see, Akira Koba, *Roma Hou Annai* [Introduction to the Roman Law], 2nd ed., Tokyo, Keisou-Shobou, pp. 47-57; *id.*, *Preliminary Soundings on the Roman Origins of the Juristic Concept "Possession"*, 2(1) *Specula Iuris* 1 (2022).

23 The only work by Romano that the book cites is S. ROMANO, *Fragments de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, 1964, pp. 89-95.

This explanation can be questioned on two points. First, it is doubtful that sufficient attention has been given to Romano's attempt at a genuine collectivist conceptualization. The book calls into question that subjectivization in Spanish administrative law does not extend to substantive law (249).²⁴ If so, from the standpoint of the book²⁵, to evaluate a theory, it is necessary to understand not only its consequences in procedural law but also its conceptual structure in substantive law. Then, in Romano's conception, the category of duties was not presented in isolation: the late²⁶ Romano composed substantive administrative law of three pairs of concepts, and the duties are one of the components.²⁷ Therefore, the significance of the concept of duties in Romano cannot be accurately understood without grasping its position within the entire framework.

The first opposing concepts are statuses (*situazioni*) and relations (*rapporti*). A legal status "is to be understood [...] as a stable and permanent condition, which may be the source or cause of an indefinite series of relationships.

24 The concept of subjectivization or objectivization of substantive administrative law is not as widely discussed as that of administrative litigation. Moreover, the book does not offer a clear definition of what constitutes subjectivization of substantive law or what kind of changes in substantive law qualify as subjectivization. However, the book's insight that subjectivization and objectivization can also occur in substantive law is valuable. As noted in the context of Hauriou's work, the existence of different types of actions, such as *recours pour excès de pouvoir* and *recours de plein contentieux*, suggests that the corresponding substantive laws may have distinct reasons for existence: "the conditions of action serve as a bridge between substantive law and process" (Ch. Cudia, *Legittimazione a ricorrere, concezione soggettivistica della tutela e principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019(2), p. 101). Therefore, the book's focus on the subjectivization of substantive administrative law is crucial in highlighting the need for scholars to pay attention to the structural changes in substantive administrative law that correspond to the changes in administrative litigation.

25 Whether to assume in administrative law "a category of 'substantive law' as distinct from procedural law and to be realized through litigation" (M. Kobayakawa, *Gyoseisyou no Kouzon-bunseki [Structural Analysis of Administrative Litigation]*, Tokyo, University of Tokyo Press, 1983, p. 5) can itself be controversial (vgl. z.B., J. Buchheim, *Actio, Anspruch, subjektives Recht*, Tübingen 2017, insb., S. 23ff).

26 S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, 3^a ed., Milano, Società editrice libraria, 1912, presents a different conception, but here we deal only with his later view, which the book regards as the Romano's theory.

27 S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3^a ed., Padova, CEDAM, 1937, pp. 137-157.

"²⁸ Romano supposes that the entities that possess a legal status in substantive administrative law are not necessarily divisible individuals: they can be various entities, groups, or categories, and there is no guarantee that they are mutually equal.²⁹ In contrast, jural relations are more or less contingent, occurring between organs within the same personality, between multiple personalities, or between subject-objects in individual concrete situations.³⁰

The second opposing concepts are powers (*potestà*) and rights (*diritti*). Romano opposes the prevailing view of labeling all *potere giuridico* as rights and distinguishes it between rights and powers, which are *potere* in a narrow sense. Powers "are the *poteri* by which legal capacity [*capacità giuridica*] takes place and is qualified in a generic direction or aspect of it," whereas "rights are the *poteri* that take place in a particular and concrete jural relation." ³¹ Alternatively, it is the passive subject (*soggetti passivi*) who confronts the power, whereas the right is always a component of a specific relation and takes the obligor as its counterparty. The subject of duty does not assume the obligation, a component of the jural relation, but is placed in a state of subjection (*stato di assoggettamento*). This submission (*soggezione*) is "not a moment of a jural relationship but is a 'status.'" ³²

In the area of administrative law, two types of powers exist: (1) the state or administrative power, which can be divided into specific powers; and (2) powers, which may also be vested in private individuals and are correlated with the state's administrative powers, such as the power to appeal against an admi-

28 S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 137. The classifications of legal status according to their mutual superiority, subordination, or independence (v. *ibid.*, p. 138) immediately reminds us of S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2^a ed., Firenze, Sansoni, 1946, p. 145 ss., which classifies the relationships between legal orders by the concept of legal relevance (*rilevanza giuridica*). However, Romano does not go as far as to classify the relationship between legal statuses with the concept of legal relevance.

29 V. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 134-135, 138.

30 V. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 138-139.

31 V. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 139-140.

32 V. S. ROMANO, voce: Poteri, Potestà, in: *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 187.

nistrative act³³ that causes the exercise of the power to decide disputes.³⁴ The legal nature of state power and the private power of action are identical, as both arise from their status in the legal order.³⁵ The most important power is functions (*funzioni*), exercised not for one's own benefit but for the benefit of others or objective interest. State power is typically described as a function because it should consider the interests of the collectivity rather than individuals.³⁶

The last opposing concepts are duties (*doveri*) and obligations (*obblighi*). Romano says that even in private law, on the one hand, there are rights that do not correspond to obligations, such as property rights^{37,38}, and on the other hand, there are obligations that do not correspond to rights, such as natural obligations³⁹ and heirs' obligations. Moreover, there are many duties in public law that protect the interests exercising the functions above. These facts show, according to Romano, that the conventional notion that rights and duties always correspond to each other is erroneous. Then, Romano holds that such duties do not naturally correspond to the right to demand compliance with

33 When a private individual appeals against an administrative act, they do not assert a right, but a legitimate interest, which can be seen as a type of power or status. Romano drew a parallel between legitimate interest and possession (see S. ROMANO, voce: Diritti assoluti, in: *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 53). This conceptual framework is intriguing because it can imply that, like Hauriou, Romano saw administrative jurisdiction as resembling possessory action.

34 V. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 142.

35 Cfr. ROMANO, voce: Poteri, Potestà, in: *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 183.

36 V. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 142-143.

37 The view according to which property rights is understood as a bundle of individual rights and obligations (cfr. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e éd., t. I, Paris, LGDJ, n° 2160; O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 2. Aufl., München 1914, S. 73) has consistently been a minority view (v. par exemple, M. HAURIOU, supra note 7, p. 169-170). The book emphasizes the "tradition" of always recognizing the correspondence between rights and obligations, but the role of property rights in this book is unclear.

38 We can contrast two theoretical models of administrative law: one that constructs administrative law through an analogy with the relations of rights and obligations under private law (possibly named as the taxation model) and one other that constructs administrative law through an analogy with property rights (possibly named as the *Widmung* model). Although a minority position, the latter model has always proposed in Germany, France, and Japan (see T. Doi, supra note 11).

39 Natural obligations are also referred to in the book as "exceptional" (57).

them but only that there are cases in which legitimate interests correspond to them.⁴⁰

What is important in relation to Romano's conception of substantive administrative law as described above is his recognition that the subject who can occupy a status in administrative law is not limited to the individual as a human being.⁴¹ Of course, one could raise an objection based on the value judgment that even if such a fact exists as a sociological fact, the legal order must be based on the individual. However, it is important to note that even if the Constitution declares individualism by placing the dignity of the individual as a core principle, there is a considerable gap between that and the rejection of the legal reality of groups. Although the book consistently characterizes as "authoritative" a theory that recognizes society as an entity or the interests of groups as distinct from individuals as such, we cannot deduce from the characterization that such an "authoritative" theory should be rejected. To support the book's concept, it should have to confront and refute Romano's theory, which presented an administrative law based on a collectivist conception.

3.2.2.2. Correspondence of Duties and Powers

The second point of questioning overlaps with our point in relation to Hauriou. The book criticizes Romano for recognizing the duties that do not correspond to rights. However, as we saw above, Romano distinguishes between powers and rights, and it is powers, not rights, that correspond to duties. Indeed, Romano formulated the status of a private person appealing against an administrative act as a power. Or, Romano, from the beginning, "recognized the right to legal protection [...] The substantive legal status to which this right

40 V. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 155.

41 This reflects Romano's pluralistic view of society, which became especially evident in the era following the publication of S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in G. ZANOBINI (a cura di), *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, p. 311ff.

of action is generally granted is [in early Romano's terminology] legitimate interest and occasionally protected interest."⁴²

The book overlooks this complex structure in Romano's conception by focusing exclusively on the non-correspondence between rights and duties. This is also not a minor problem from the perspective of understanding Romano's theory and his conception of substantive administrative law based on the concept of interests.

3.2.3. Relationship between Constitutional Principles and Administrative Law: Eberhard Schmidt-Aßmann and the New Science of Administrative Law

The book critically refers to the New Science of Administrative Law (*Neue Verwaltungswissenschaft*) led by Eberhard Schmidt-Aßmann⁴³ and others: Schmidt-Aßmann upholds the "authoritative matrix" (151) of the protective norm theory (*Schutznormtheorie*) and advocates for "a science of administrative law focused on administrative efficiency rather than on individual guarantees" (150 n. 59).

First, the protective norm theory does not permit individuals to insist on an objective law in the courts unless the law that imposes duties on the administration is also intended to protect the plaintiff's interests. However, the Basic Law (*Grundgesetz*) posits self-determination as a fundamental principle. Therefore, the obligations of the administration should be interpreted as areas of individual sovereignty, regardless of their purpose. Those who suffer not factual but legal damages due to noncompliance must always be able to assert their rights. Therefore, the protective norm theory must be overcome (149).

⁴² T. Nakano, *supra* note 2, pp. 217-218; V. S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, *cit.*, p. 201. 234-235.

⁴³ The works of Schmidt-Aßmann that the book cites are *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003: «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo», en J. Barnes Vázquez (ed.), *Innovación en el Derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2006, p. 15: «El método en la ciencia del Derecho administrativo», en *ibid.*, p. 133.

Second, the New Science of Administrative Law highlights the asymmetry between norms of conduct for the administration (*Handlungsnormen*) and norms of control for the court (*Kontrollnormen*). However, this asymmetry also originates from the premise of protective norm theory. Any norm violation can be asserted in court, and a norm that cannot be asserted in court is not a legal norm (236-238). Thus, the distinction between administrative decision-making and court control should not be based on the nature of the applied norm but on the fact that the former encompasses more than the mere application of a norm (268-269).

3.2.3.1. Protective Norm Theory

For each of these two assessments, the following questions arise. First, regarding protective norm theory, it is questionable whether Schmidt-Aßmann can be defined as a mere defender of protective norm theory.⁴⁴ Setting this point aside, the argument for why the protective norm theory should not be adopted is insufficient, although all criticism of the German science of administrative law in the book depends on it.⁴⁵

The book argues that the fundamental decision of the Basic Law, which places human dignity at the foundation of all public authority, can be interpreted as always imparting rights to those who suffer damage from administrative obligations, even if there is no explicit provision granting "right to have the administration comply with the law" (149). If the "right to have the administration comply with the law" means the right to legality (*Gesetzesvollziehungsanspru-*

44 Vgl. E. Schmidt-Aßmann, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 144. An article of the recent handbook also counts Schmidt-Aßmann among the critics of the theory (vgl. A. Edenharter, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, IV, Heidelberg 2022, § 95 Rn. 12).

45 However, given that there are few references to the literature written in German, the book may not argue that the protective norm theory cannot be adopted as an interpretation of German law, but only that the protective norm theory is not useful in the interpretation of Spanish law.

ch)⁴⁶, then to present such an interpretation of the Basic Law, the book should have to individually examine the previous case law and doctrines⁴⁷ that have denied the right to legality.^{48,49}

More specifically, the book should have appreciated the suggestions from the following precedents it critically refers to. It repeatedly refers to a decision of the *Bundesverfassungsgericht*⁵⁰, according to which a defect in the procedure for a public contract below a certain threshold does not give the party who failed to conclude the contract a right to attack the defect⁵¹. It qualifies the decision as an example of the problems with the protective norm theory (147-148, 205, 228, 249). However, the decision is based on a different conception of rights than the book, and it could have been possible to deepen an analysis of the conflicts of constitutional principles based on this decision. To differentiate procedural guarantees between contracts, in examining whether it would

46 It is difficult to decide from the description of the book whether this is the case because the right to legality is independent of the occurrence of damage to its titular (vgl. z.B., *BVerfGE* 132, 195 Rn. 95); the book considers the occurrence of damage to be a requirement for the occurrence of the right.

47 Vgl. *Ch. Waldhoff*, Staat und Zwang, Paderborn 2008, S. 61f. m.w.N. The right to legality is said to date back to F. Fleiner, who described it as "comprehensive subjective right [*umfassendes subjektives Recht*]" as distinct from rights in the narrow sense (vgl. *J. Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, Berlin 1997, S. 69).

48 For example, a series of works by Hartmut Bauer (vgl. jetzt, *H. Bauer*, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, IV, Heidelberg 2022, §98 Rn. 63; *ders.*, Lehre vom Verwaltungsrechtsverhältnis, Tübingen 2022, S. 143ff.) and *P. M. Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Tübingen 1991, S. 172ff., who criticize the protective norm theory, arguing that the existence of rights should essentially be determined by fundamental rights, should have been consulted. However, these professors also do not recognize the right to legality; a representative argument for recognizing such a right under the Basic Law is *H. H. Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1. Aufl., Tübingen 1965, S. 262ff.

49 To defend the right to judicial realization of objective law, it would have been more adequate to refer to the so-called procuratorial rights (*prokuratorische Rechte*). Vgl. *J. Masing*, a.a.O. (Fn. 46); *J. Kriiper*, Gemeinwohl im Prozess, Berlin 2009; auch *W.-R. Schenke*, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, IV, Heidelberg 2022, § 92 Rn. 76ff. m.w.N. See O. Nishigami, "*Houritujou no Rieki*" to *Koukennronn* (2) [*Legitimate Interests and Public Rights Theory*], 155(2) *Minshouhou Zasshi* [Journal of Civil and Commercial Law] 213-226 (2019).

50 The book does not specify the bibliographic information, but it must be *BVerfGE* 116, 135.

51 Strictly speaking, the absence of right here means that the right to seek proceedings guaranteed by primary EU law is not recognized (§97 Abs. 7; §102 ff. GWB), i.e., the proceedings in the ordinary courts are legally recognized. However, in practice, the lack of this right means that there is no guarantee for judicial protection, as a contract is usually concluded during these proceedings (siehe, *BVerfGE* 116, 135 Rn. 85).

violate the principle of equality (§3 para. 1 Basic Law), the decision concluded that giving all participants in public contract procedures a right to claim procedural defects would ruin the purpose of the law itself, which is to make procedures more efficient. Therefore, the legislator can decide whether it grants the right to challenge a procedural defect other than those before the ordinary courts.⁵² Regardless of the conclusion's validity⁵³, this decision differs from the book's understanding of the relationship between the rule of law and the social democratic state principle: the former is applied to the judicial availability of objective law and the latter to the creation of objective law, with the understanding that the rule of law and the social democratic state are incompatible (252). The decision projects the requirements of a social democratic state onto the availability of objective law through the judiciary by regarding the existence or nonexistence of rights as something that the legislator can determine. In this way, the decision could have served as an opportunity to deepen the debate on reconciling these constitutional principles rather than simply dismissing the decision based on its conclusions.

3.2.3.2. New Science of Administrative Law

The second criticism of the New Science of Administrative Law can be understood as consistent with the book's position, which recognizes the right to legality. However, it appears that the New Science of Administrative Law's stance on judicial review could have been useful to the book. Therefore, we offer a brief comment, acknowledging that it is extraneous.

According to the New Science of Administrative Law, administrative activities may be assessed not only as legal or illegal but also according to multiple criteria such as acceptability, effectiveness, efficiency, flexibility, innovativeness, and transparency. Accordingly, based on such evaluation criteria, the New

⁵² Vgl. *BVerfGE* 116, 135 Rn. 90ff.

⁵³ The German prevailing view is favoring this decision (vgl. *W. Kahl*, in: *W. Kahl/M. Ludwigs* (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, IV, Heidelberg 2022, §94 Rn. 37).

Science of Administrative Law differentiates various organizations and procedures to achieve optimal administrative activities.⁵⁴ Furthermore, the New Science of Administrative Law asserts that such changes in organizations and procedures necessitate modifications to the density of judicial review and comprehension of the separation of powers between the executive and the judiciary.⁵⁵ Put differently, the New Science of Administrative Law challenges the book's conception of the separation of powers as the administration performing tasks beyond norm application, while the courts only apply norms (268). Moreover, the significance of these arguments is especially pertinent in administrative discretion, as it raises questions about the extent to which courts should conduct a review of administrative decisions.⁵⁶

3.3. Issues on Subjectivization and Objectivization of Administrative Law

From the three examples reviewed thus far alone, we can grasp some of the challenges that the book poses to administrative law scholarship, although they are not explicitly formulated. In the following, we will briefly review those issues, limiting ourselves to those at the core of the conceptual framework used in the book.

3.3.1. Constitutional Principles and Administrative Law

According to the book, contemporary constitutions recognize that individual rights can be sacrificed to benefit society as a whole (e.g., 76, 229). The book insists that the rule of law and the social democratic state are incompatible and that the Spanish Constitution validates the former in the judicial availability of objective law and the latter in the creation of objective law (252). This

54 Vgl. R. Schröder, *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, Tübingen 2007, S. 193f.

55 Vgl. J. Kersten, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, I, Heidelberg 2021, §25 Rn. 23.

56 The fact that administrative discretion is an unresolved issue in the book has been pointed out in a prior review (v. L.R. PERFETTI, *Recensione, cit.*, p. 1190 ss.).

interpretation is extremely important for the book's conception of Spanish administrative law. The book's argument that the right to full judicial protection is always inherent in substantive rights and that, therefore, objective administrative law must always be reducible to rights ultimately depends on this interpretation. However, the book does not provide an argument for the validity of this interpretation.

We cannot provide an opinion on how the Spanish Constitution should be interpreted.⁵⁷ Nevertheless, as an outsider trying to obtain suggestions from the book, we can obtain the interesting opportunity of providing a concrete argumentation of how the rule of law and the social democratic state should be reconciled. For example, one approach is to formulate this task historically in terms of Santi Romano's collectivist conceptualization or contemporaneously in terms of the relationship between the constitutional principles on which the German protective norm theory is based.

Moreover, as we have seen in relation to the New Science of Administrative Law, by questioning how the theory of administrative discretion relates to the theory of separation of powers, we can also gain from the book the task of connecting rights theory to constitutional principles.

3.3.2. Correspondence of Rights and Obligations

The book rightly points out that the expression "(legitimate) interest" has various meanings in four countries that have undermined meaningful dialogue (e.g., 129). As we discussed earlier in relation to Hauriou and Romano, the same could be valid for the expression "rights."⁵⁸ The question is whether the concept of rights presented in the book (e.g., 57-58) is fully demonstrated. Since the book claims that administrative law is recovering the old concept of rights (220), it is necessary to check the concept of rights in private law since

⁵⁷ Since no reference is provided to support such an interpretation (252), we were unable to search for additional literature.

⁵⁸ L.R. PERFETTI, *Recensione, cit.*, p. 1192 also refers to this issue.

natural law theory is justified in the book. In this section, we will review the justification for the principle of correspondence between rights and obligations. The justification for full judicial protection will be discussed in the following section.

In Kantian natural law theory⁵⁹, rights are the sphere of action given to one's liberty, which is to be prioritized among the several conflicting liberties (40). There is no major problem interpreting rights and obligations as corresponding one-to-one in these aspects. The issue lies in the logic behind applying this to the relationships between the administration and citizens. The book assumes that police power is the authority to guarantee the *neminem laedere* principle effectively; the basis of police power is the liberty of the person harmed by the exercise of the liberty of the addressee; and the limit of the police power is based on the liberty of the person harmed by the excess of the power, the addressee. For instance, in the case of a permit being granted without fulfilling the legal requirements, the person harmed by the activity enabled by the permit can contest the violation of the law. In the case of a permit being denied despite fulfilling the legal requirements, the person harmed by the denial can contest the violation of the law (62-63).

The consequence concerning the denial is easy to recognize. The state restricts the liberty of citizens by imposing a permit system, and the situation when the state refuses to remove such restoration even if the legal requiremen-

59 The accuracy of Kant's understanding is also questionable. The book summarizes Kant's categorical imperative as "individuals cannot treat others as instruments," which can be read as understanding Kant to have completely prohibited the instrumentalization (36-37). However, precisely, Kant's formulation is that a rational being "must never treat himself and others as *mere* [bloß] means but *also* [zugleich] always as ends in themselves" (vgl. *I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, in: I. Kant/W. Weischedel (Hrsg.), Werkausgabe, Bd. 7, Frankfurt a. M. 1977, S. 66. Emphasis is mine). Of course, the phrases "mere" and "also" can be interpreted in different ways. And the reviewer is not competent to develop an argument based on the Kant studies. However, these phrases may suggest that Kant allows for treating others as a means to an end. In any case, there are reasons to question the arguments presented in the book.

ts are fulfilled can be compared to a conflict of liberties between private individuals.

On the other hand, the consequence concerning the permit is not self-evident. The basis for Kant's justification for the principle of correspondence is the law of contradiction (40). In other words, in a situation where two liberties conflict, a contradiction occurs if one side is granted the right to carry out its liberty while the other is not obligated to refrain from carrying out its own. However, the same logic does not apply in the case of permits. Even if we put aside the question of whether the administration can enjoy proper liberty⁶⁰, not the administration but the addressee of the permit causes the infringement of liberty protected by the legal requirements. In other words, it is possible to understand that the conflict of liberties is between private persons and that, concerning administration and the person harmed by the permit, no conflict with the law of contradiction will arise in any case. Therefore, it does not necessarily follow from the arguments presented in the book, which rely on Kant, that the principle of correspondence should be recognized in administrative law.⁶¹

According to the book, there was no "technical obstacle" to using rights terminology in administrative law because the principle of correspondence is a logical consequence of liberal premises of rights, and the rights paradigm existed in the first place to protect individual liberty against public authority (64-65). What is needed, however, is a logical justification of why it is "logical" to speak of rights in situations where an administrative act does not directly affect individual liberties. It is not relevant to mention its history. The book down-

60 To transfer Kant's theory of rights into administrative law, it is necessary to address whether the state can enjoy its own liberty, as the theory presupposes that the subject of rights or obligation are that of liberty. However, the book does not take this point into consideration.

61 To maintain the conclusions of the book, one might, for example, utilize the argument why, in the Kantian theory, a substantive right without a right of action was unacceptable (57): if rights that do not correspond to obligations of the administration are recognized, in effect, the administration can either protect the rights or not, which would be unjust. It is important to note, however, adopting such a conception, we have already departed from the principle of correspondence on which the book relies, which is based on the law of contradiction.

plays the distinction between the addressee and third party, as the so-called third party also exists in private law (e.g., 92, 145, 201, 205). However, as long as the book adopts the premise that the theory of rights is constructed based on individual liberty, the above problem remains unresolved.

3.3.3. Full Judicial Protection

The book asserts that recognizing rights inevitably leads to affirming full judicial protection. However, as we previously mentioned regarding Hauriou, the book does not provide a reason for this assertion. Even leaving that aside, no definition of full judicial protection is provided. Thus, it is still unclear whether and why a specific procedure should be guaranteed, which requires further study.

Of course, some components of full judicial protection can be inferred from individual statements⁶². In summary, the key elements are: (1) the guarantee of the independence of the judges from the executive power, (2) symmetry of the proceedings (equality of arms)⁶³, and (3) not reducing the protection of rights (cf. 42). The non-full judicial protection envisioned there could also be inferred to some extent. For example, regarding (1), an administrative court exercising reserved jurisdiction would be considered inappropriate (e.g., 102), and regarding (3), the book negatively evaluates lawsuits that grant no remedy other than the annulment of an administrative act (e.g., 121).

However, the book does not present a precise definition beyond the enumeration of extensions. As a result, it is unclear what constitutes an appropriate design of a concrete litigation system. For example, the *Conseil d'État* has re-

⁶² The book may suggest that equality of arms and equal process are not a component of full judicial protection juxtaposing these three (57). However, there are also passages where the connection between equal process and full judicial protection is emphasized (59). Regardless, the book presents all of these as a conceptually inevitable consequence of the concept of rights (57).

⁶³ Procedural measures such as shifting the burden of proof may be taken to correct the information gap between private parties and the government, but it is unclear whether the book considers such measures to undermine procedural symmetry.

cently limited claims in contractual liability actions to defects involving a sufficiently direct and certain invasion of the plaintiff's interests⁶⁴. This limitation of claims narrows the scope of remedies for private parties, which is perceived in France as a consequence of the subjectivization of administrative law.⁶⁵ Does the book allow such a consequence or reject it as reducing the protection of rights?⁶⁶ This question is crucial, especially if such claim limitations are introduced in *recours pour excès de pouvoir*.⁶⁷

This book also seems to suggest that full judicial protection requires that the court brings maturity (*Spruchreife*)⁶⁸ to the case by *ex officio* detecting facts and renders an obligatory judgment (*Vornahmeurteil*) or decision-obligatory judgment (*Bescheidungsurteil*) (249-250). However, why such an obligation is imposed without a procedural provision such as §113 para. 5 of the German Administrative Court Act is unclear.⁶⁹ Furthermore, certain interpretations of the separation of power can provide a reason to prevent the court from fact-finding in a specific case.⁷⁰

In this light, determining what constitutes full judicial protection cannot be answered without a more specific examination of the court's authority re-

64 V. C.É., ass., 4 avr. 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, L. p. 70.

65 V. J. SIRINELLI, *supra* note 5, p. 530 ; F. ROLIN, « Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain », *RD publ.* 2014, p. 1198.

66 In the final chapter, the full protection provided by the Spanish Constitution is said to be subject to the condition "as far as possible [*en la medida de lo posible*]" (254). The connection between this statement and the unconditional claims preceding it is unclear.

67 The Administrative Case Litigation Act of Japan prohibits the plaintiffs' raising claims of "breach of law which is irrelevant to their interest" in an action for the revocation of an administrative act (§10, para. 1). In addition, it is generally understood as a consequence of the fact that the action for the revocation is an action for rights protection. Then, the introduction of such a claim limitation may not be inherently ruled out when the *recours pour excès de pouvoir* is subjectivized.

68 Vgl. G. Marx, *Das Herbeiführen der Spruchreife im Verwaltungsprozeß*, Frankfurt a. M. 1996, S. 57.

69 Even in Germany there is no view that generally speaks of a full judicial review. See, T. Tatum, *Shokkentanchi-shugi no Shosou* [*Aspects of ex officio Detection*], 86 Seikei Hōgaku [Bulletin of Seikei University] 26 (2017).

70 For an extreme position, see, C.R. Sunstein, *The most knowledgeable branch*, 164 Univ. of Penn. L.R. 1607 (2016).

garding its subject matter and its constitutional limitations. This is one of the important issues the book raises for scholarship.

4. Conclusion

The book cautions against the experience of French administrative law, which, despite being based on the concept of interests, has achieved a high degree of judicial protection of citizens by emphasizing its potential authoritative character. "It is one thing to evaluate a legal system through its results, without focusing only on the concepts [...] and another to hide behind those results to stop evaluating the concepts themselves, without assessing or evaluating their potential" (110). This remark is true. The problem is that the book applies this principle only unilaterally, only insofar as it results in favor of the concept of rights.⁷¹ It is one thing to evaluate an administrative law system based on the concept of interests as "authoritative" by its results that it can reduce judicial protection of citizens, and another to hide behind those results to stop evaluating the concept itself without assessing or evaluating its potential. From the three examples above alone, it is evident that the book fails to adequately evaluate the "potential" of an administrative law system based on the concept of interest.⁷²

However, this fact does not detract from the book's value. As mentioned above, the reconstruction of the administrative law system is a real problem in each country.⁷³ While no monographs have addressed these issues in Germany, France, and Italy, which have led administrative law theory, the book reaches an unprecedented level of achievement with its comprehensive perspective on these countries.

71 From this passage, we can grasp the following question: under what conditions would an administrative law system based on the concept of interest not lead to "authoritative" consequences? Such conditions may depend ultimately on legal culture (cfr. A. TRAVI, *Recensione, cit.*, p. 963), but it might be useful to take an examination at, for example, the differences in court organization and procedures.

72 L.R. PERFETTI, *Recensione, cit.*, p. 1196 may suggest that the book offers a nominalist critique to the Italian law or its scholarship.

73 Furthermore, a more meaningful comparative study will be possible if EU law, which determines party standing based on the "direct and individual concern" (§263 para. 4 TEFU), a formulation similar to that of *recours pour excès de pouvoir*, are also included.

LUCA R. PERFETTI

Direttore scientifico di PA Persona e Amministrazione

luca.perfetti@belex.com

CREPUSCOLO DELLA DISTINZIONE TRA DIRITTO PUBBLICO E PRIVATO?

A PARTIRE DA B. SORDI, DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO
PRIVATO. UNA GENEALOGIA STORICA, BOLOGNA, IL
MULINO, 2020

PUBLIC AND PRIVATE LAW'S DIFFERENTIATION.

ARE WE AT DUSK?

REFLECTIONS ON B. SORDI, DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO
PRIVATO. UNA GENEALOGIA STORICA, BOLOGNA, IL MULINO,
2020

PAROLE CHIAVE: diritto pubblico – diritto privato – Bernardo Sordi

KEYWORDS: Public Law – Private Law – Bernardo Sordi

INDICE: 1. Il prezioso libro di Bernardo Sordi. - 2. Elementi dello sviluppo storico del problema.

1. Il prezioso libro di Bernardo Sordi

La gran parte dei libri viene consumata in una lettura, e semmai si torna a consultarne porzioni minime quando la memoria non soccorre; altri, finiscono per accompagnare tutta la vita, trovandovi sempre nuove e inattese risposte o prospettive. Il libro di Bernardo Sordi (*Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020) non appartiene certamente alla prima categoria, né per il suo Autore s'è trattato di un percorso occasionale, di una singola ricerca approdata al suo esito. Si legge, nel volume, la tessitura profonda di un lungo percorso, condotto, per aggiunta, da uno studioso eccezionale. La qualità dello scrittore e quella della ricerca traspaiono ad ogni passo, attra-

verso un'opera perfettamente compiuta, che non si disperde nell'erudizione, conducendo il lettore lungo un filo implacabile e compiuto.

Ecco perché si tratta di un libro che, così come sintetizza con estrema pulizia un lungo percorso di riflessione in una stesura piana e comprensibile, obbliga a letture e riletture, per trarre dalla superficie levigata e perfetta la traccia delle strade sotterranee, dei sentieri raddrizzati, della profondissima ricomposizione del frammento e della complessità, che non scompare nella trattazione cristallina, ma che non appare al primo sguardo. Si tratta, quindi, di un libro che può essere assunto a diversi e progressivi livelli di lettura e che non si presta ad una reazione immediata. Né, per il vero, queste brevi considerazioni sono dirette a “reagire”, ma a riflettere – sia pure molto brevemente – in una prospettiva differente, quella del giurista positivo, al quale non può mancare quella che solo la profonda ricerca storica propone e, tuttavia, deve cercare nella complessità del contemporaneo le tracce di un disegno e provare a costruire un sistema (giuridico) che colga le tendenze di fondo e provi, in una lotta costantemente impari, ad imbrigliare le forze del potere a servizio della persona e dei suoi diritti.

2. Elementi dello sviluppo storico del problema

2.1. Si possono presumere noti i termini del problema nella dottrina nazionale del diritto pubblico, sicché non mette conto tornarvi. Eppure, un *primo* elemento ci divide profondamente ed attiene direttamente al concetto di “pubblico”, sicché v'è chi – pur ammodernando e riformulando – non si distacca dalla radice ranellettiana (*«tutto il concetto di pubblico si appunta e si concentra nello Stato: è pubblico tutto ciò che direttamente o indirettamente è di Stato»*) (O. RANELLETTI, ora in *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, Jovene, 1992, 265) ed al contrario chi identifica il concetto di “pubblico” con ciò che tale sia oggettivamente e non soggettivamente (G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Qua-*

derni fiorentini, 1982/83, 1001; F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994).

L'ampiezza dello sguardo di Sordi nel libro di cui si discorre consente – per il momento – di trascurare questa distinzione radicale e, tuttavia, non la si può non porre in apertura di questo (breve) discorso, poiché influenza irrimediabilmente ogni considerazione sull'oggi – e, più ancora, il domani – del problema.

2.2. Il volume è utile fin dal suo avvio, nell'antichità, per restituire la dimensione storica di un problema che, nella sua essenza, è proprio solo della modernità ed assume rilievo in relazione ad una data concezione della *politica*, del diritto e dello Stato; il pensiero giuridico classico non avverte la necessità di disgregare un fenomeno avvertito come unitario – e, sembra utile aggiungere, un concetto di “pubblico” che appare vuoi solo una prospettiva, uno sguardo, vuoi una sostanza (religiosa, di possesso della carica o della sovranità, etc.) incomparabile con il nostro.

Partendo da questo ceppo per lungo tratto indistinto, quindi, non sembra decisivo un approccio che ricerchi le invarianze, facendosi di questione di genealogie e percorsi non lineari, tenendo ferma la discontinuità della modernità e le sue ragioni. Così nel medioevo non esiste un diritto pubblico, facendosi questione, piuttosto, di «soggetti e rapporti che possono dirsi pubblici» (B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., 20), in simmetria con lo sviluppo ancora incompiuto della soggettività pubblica e dello stesso potere politico – concentrato nella dimensione giuridica della *iurisdictio* ed in quella pratica dell'ordine e della guerra. Il segmento pubblico del giuridico è alla ricerca del disvelamento di un ordine oggettivo attraverso lo *ius dicere*, dell'equilibrio tra giustizia e diritto, alla ricerca di una legittimazione preesistente, oggettiva, universale, in un laboratorio straordinario nel quale – attraverso la scuola del commento – emergono soluzioni straordinarie per quanto talora occasionali (come l'idea della persona giuridica – sul tema, P. PERUZZI, *Il Liber Minoricarum* decisio-

num di Bartolo da Sassoferrato. *Ricerche sul problema della povertà francescana nel secolo XIV tra Bartolo e Baldo degli Ubaldi*, in *Pensiero politico medievale*, III-IV (2005-2006), da 23) tra le quali la *potestas de iure publico*, destinata a straordinari sviluppi.

2.3. Lo stesso determinarsi dei primi *Stati nazionali* (come quello francese) non genera la distinzione del diritto pubblico, che, quando comincia ad attestarsi nel XVI secolo con Le Caron, non fa che riconoscere un fenomeno politico ormai definito, la cui sostanza – come talora si tende a dimenticare nelle riflessioni sul diritto pubblico – è quella della concentrazione in esso della sovranità: dal Re dipende lo Stato perché esso agisce «*par la puissance souverain d'un seub*». Poco dopo, Bodin – nei *Sei libri dello Stato* – fissa la grammatica fondamentale della relazione tra Stato – con chiarezza un soggetto artificiale, sovrano ed indipendente da altre autorità (non riconoscendone di superiori) e sovranità – potere e dominio perpetuamente e solamente dello Stato, non più del monarca in quanto tale, sottratto alle identità religiose o culturali, che pretende obbedienza in cambio di sicurezza (anche a superare i massacri che le guerre di religione proponevano). Unico corpo di tutti i collegi e le famiglie, lo Stato è radicalmente ed originariamente sovrano, sicché la sovranità come capacità non si limita al monarca, ma della *puissance publique* sono intestati tutti i suoi magistrati (ai quali spettano uffici e commissioni), edificandosi così una possibilità infinita di comando (M. FOCALT, *Il faut défendre la société*, Paris, Gallimard et Seuil, 1997).

L'appartenenza della sovranità ad un soggetto, attraverso il quale si fonda lo Stato è il tratto distintivo originario del diritto pubblico. Aggiungo: il che non significa che la sovranità non sia esistita in passato (basta la lettura di E. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton, Princeton University Press, 1957); piuttosto, la sovranità si esprimeva come attributo di una persona fisica e non attraverso la fondazione di un'organizzazione, sostegno dell'efficacia ed effettività di tutti i suoi atti e decisioni; quando la sovranità smette di esprimersi, sul piano giuridico, solo

nell'amministrazione della giustizia e si distende in una molteplicità di atti normativi ed amministrativi, sorge, sulla sua base, il diritto pubblico in quanto tale, sicché quest'ultimo se smette di fare i conti con essa dimentica la sua funzione di vigilare, disciplinare e sindacare il suo straordinario potere, senza misurarsi direttamente con il *Träger der Souveränität*.

2.4. Il parallelo percorso in terra germanica, per quanto nel dualismo tra Stato ed Impero, mostra il radicale volto nazionale in cui si incarna la sovranità del potere pubblico, nello *ius publicum Imperii romano-germanici*, arricchendo la tradizione romanistica di tratti, anche linguistici, *nazionali* appunto. Mentre la sovranità viene attratta dal polo statale, è sul diritto pubblico imperiale che si costruiscono procedure e concetti, poi costitutivi della dimensione pubblica del diritto; tuttavia, come accennato, *regimen territorialis* – e, quindi, senza autorizzazione imperiale – la potestà legislativa, di polizia, e giudiziaria si concentrano a livello statale, proprio sul pilastro della territorialità, alla quale si collegano le giustificazioni più classiche del potere pubblico, vale a dire la salute pubblica, il bene collettivo, la garanzia di sicurezza e prosperità.

La dimensione territoriale della sovranità e della sua espressione nel diritto pubblico è un altro profilo decisivo del suo sviluppo e della sua sostanza, che non può essere trascurato – come spesso oggi accade – soprattutto in un'epoca, come la nostra, di dissoluzione della dimensione territoriale attraverso il differenziarsi dell'autorità pubblica su più livelli e, soprattutto, il suo complessivo condizionamento derivante da poteri economici (globalizzati) e tecnologie che mostrano come carattere essenziale proprio l'assenza della territorialità. La distinzione tra pubblico e privato non si forma ancora nel giusnaturalismo dell'epoca perché, per quanto fondata sul volontarismo, è solo la legge naturale a fondarsi sull'imperativo divino, sia che si trasformi nel comando del principe che nella legge civile. Ma il radicamento territoriale del comando è fissato, l'universale di va perdendo, la volontà comincia ad appaiarsi alla sovranità.

L'edificio dello Stato e la natura nazionale del diritto, elementi entrambi saldati dalla sovranità, sono i primi due elementi netti del diritto pubblico a venire.

2.5. L'autonomia del diritto pubblico, dei soggetti, procedure ed atti, è netta alla fine del Seicento ed il concetto è con chiarezza sia in Domat che in Fleury, anticipati da Loyseau. La sistematizzazione di Domat è vasta, a dimostrazione di quanto già nella realtà si sia esteso il diritto pubblico, sia sul versante dell'organizzazione che degli atti e, soprattutto, su quello degli oggetti e rapporti sui quali quell'azione ormai si estende, ancorché si tratti di una «statualità composita, frutto dell'abbraccio e dell'intersezione profonda tra monarchia e società corporata, lontanissima dalle dicotomie ottocentesche tra Stato e società; estranea perciò a qualsiasi esito costituzionale o liberale e al contrario profondamente gerarchica in perfetta contiguità con l'ordine esistente, con l'ordine di Antico Regime» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 49).

Anche questo profilo è prezioso. Mostra, con chiarezza, che l'insieme dei diritti e delle garanzie del diritto pubblico nello Stato-di-diritto si forma per giuridicizzare e contenere la sovranità, che finché spetta allo Stato non fa che organizzarsi per meglio distendersi sul territorio e penetrare con il comando in ogni rapporto della vita – ed è proprio l'insufficienza dello Stato-di-diritto e dello stesso Stato costituzionale ad assicurare questa garanzia che mi pare necessario riaffermare che la sovranità, sulla base del nostro diritto positivo, è e deve essere collocata sul versante della *società*, soprattutto – come si dirà – in epoca nella quale lo Stato-di-diritto è di nuovo travolto e la stessa autorità pubblica soggiogata da centri di comando ad essa esterni e più potenti.

Non a caso, senza quel dualismo, lo Stato sovrano ed il suo diritto pubblico si esprimono attraverso la governamentalità (di nuovo M. FOCALT, *La gouvernamentalité*, in *Dits et écrits 1954 – 1988*, vol. III 1976 – 1979, Paris, Gallimard, 1994, 635, ove anche il fondamentale scritto *Sécurité, territoire, population*, 455), la polizia, la ragion di Stato, la scienza dello Stato e del benessere pubbli-

co, proponendo un arsenale di tecniche autoritarie di governo delle vite, delle menti e dei corpi la cui attualità non è necessario sottolineare dopo le vicende dell'ultimo decennio.

E', allora, chiaro che per il formarsi completo della dicotomia tra diritto pubblico e privato serve l'affermazione del rilievo politico della società e dei diritti della persona. Si tratta di un percorso che, ad alimentare la vasta e poliforme genesi della dicotomia tra pubblico e privato, viene soprattutto dalla tradizione anglosassone e dalla ricomposizione del politico che proviene da un'isola in cui confluiscano – dopo il crollo della romanità – etnie e concezioni diverse della statualità, della sovranità e della stessa monarchia, nonché una diversa prospettiva quanto alla territorialità (ovvio il riferimento a C. SCHMITT, *Land und Meer: Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Leipzig, Reclam, 1942). La diversa storia anglosassone aveva quindi consentito che la sovranità non si ipostatizzasse nel monarca ma nella «non meno efficace (..) onnipotenza del Parlamento» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 60), il giusnaturalismo riconosceva l'eternità non del sovrano ma degli «*absolute rights of individuals*», l'atterraggio nella soggettività avviene sul terreno dei diritti delle persone e non su quello – continentale – della personificazione statuale della sovranità.

Al netto delle specificità inglesi, l'evocazione di Montesquieu rende ragione di uno dei punti centrali della costruzione del diritto pubblico, vale a dire la sua funzione di limite al potere, di assicurare garanzie e contrappesi alla sovranità. Si delinea, quindi, il disegno arco portante [diritti fondamentali] – [status di cittadino] – [rappresentanza politica] – [costituzione come norma] – [legge del Parlamento come strumento di garanzia]. Alla base di quest'arco, tuttavia, appena si abbandona l'accento anglosassone attraversando la Manica, appare la [Nazione], sicché con l'invenzione da parte di Sieyès del *pouvoir constituant*, è l'organismo nazionale a divenire fondante, essendo «l'origine di tutto» e bastando «la sua semplice realtà per essere sempre legittima: essa è all'origine di ogni forma di legalità». Si determina qui uno scarto essenziale, la posizione dell'ordi-

gno implacabile della statualità onnipotente che sarà, poi, Terrore o dittatura novecentesca, giacché la Nazione è plasmata dal potere e non dalla natura, cade sotto «il domino livellatore dell'astratto» e nella «unità del collettivo manipolato consiste la negazione di ogni singolo; è una beffa rivolta a quella società che potrebbe fare dell'individuo un individuo» (M. HORKHEIMER, T. W. ADORNO, *Dialektik der Aufklärung*, New York, Social Studies Association, 1944, ed. it., Torino, Einaudi, 2010, 21). Come sapientemente conclude Sordi (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 69), in ragione del «formidabile dispiegamento della sovranità», la «società politica diventa per intero disponibile da parte del legislatore: nelle sue mani c'è ora un formidabile potere di organizzazione che disegna poteri, crea apparati, assegna funzioni».

Non v'è diritto pubblico se non nella dialettica tra diritti della persona, autonomia della società e potere dell'autorità. La concentrazione su uno solo di questi pilastri della costruzione ne determina fatalmente la rovina.

2.6. L'abitudine al proprio oggetto più prossimo tende a collocare la letteratura pubblicistica con gli occhi incollati al muro, a non vedere l'imponente edificio della sovranità come una gigantesca macchina di comando e dominio da affrontare con tutta la sapienza tecnica possibile; la natura olistica del potere addomestica la giuspubblicistica, che spesso è solo ricapitolazione e sistemazione di atti di comando, fonti ed espressioni del potere; la costruzione del diritto come scienza impedisce di porsi davvero il problema politico della relazione tra diritti della persona e potere – problema che, invece, è il tratto distintivo di questa *Rivista*.

Il coraggio di guardare onestamente nell'abisso inesaurito della sovranità manca spesso alla nostra dottrina. Ma all'origine del diritto pubblico non solo sta la sovranità come potere, c'è anche la sua entusiastica teorizzazione. Se nella Rivoluzione, o in Rousseau si sente ancora la necessità di negare – perché egoistico – il polo della libertà individuale a beneficio della completa sottomissione della società, con un'espressione della sovranità ancora indomita, della quale ci

si è semplicemente impadroniti, il polo tedesco, a cominciare da Kant, contrappone pubblico e privato, abbandona l'idea dello stato di natura a favore di uno civile nel quale la legge assegna il mio e il tuo, sicché se la legge universale delimita e accorda gli spazi di libertà individuale, «il diritto pubblico – chiarisce Kant – è l'insieme delle leggi esterne che rendono possibile tale accordo generale» e Savigny distinguerà il diritto privato dallo *Staatsrecht*, incarnandovi la soggettività dello Stato, solo attraverso il quale il popolo trova unità ed identità – di nuovo, in una dimensione territoriale nazionale, necessaria e superiore.

La distinzione, la contrapposizione tra Stato e società, diviene costitutiva con la codificazione, isolando il privato dalla dimensione politica, *empire* e *propriété* in Portalis sono spazi distinti e ben separati. «La codificazione – spiega perfettamente Sordi – presuppone la costruzione costituzionale del soggetto unico di diritto, l'affermarsi del discorso dei diritti e del principio di uguaglianza», richiede «la pesante liberazione delle leggi civili» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 100) dalle incrostazioni dello Stato dell'Antico Regime, interrompendo il moto del potere costituente per fissare certezze stabili ed una permanente opposizione tra sfera dell'individuo e del potere.

Il diritto privato è sottratto dal Codice perfino alla cittadinanza, sicché la sovranità si deve arrestare a fronte dell'esistenza individuale in quanto tale – travolta, quindi, la sovranità collettiva rivoluzionaria e l'idealizzazione della legge settecentesca –, innanzi allo *status personae* cui si contrappone lo *status civitatis* il cui contenuto dipenderà, invece, interamente dalle concessioni che faccia lo Stato attraverso la legge ed il suo cangiante contenuto; fallita la pacifica coesistenza di sovranità e diritti, dalla Monarchia di Luglio prende avvio un'epoca di contrapposizione, che condurrà alla costruzione e massima espansione del polo dell'autorità, della sua organizzazione, dei suoi procedimenti e poteri, del suo comando, ponendo – alla fine – in luce come la sottrazione della socialità dal diritto privato, così come l'esclusione del rilievo collettivo dei diritti dell'individuo da quello pubblico, conducono alla pubblicizzazione dello stesso diritto

privato, garantita la libertà solo dal possesso e dal dominio sui beni di produzione e la ricchezza ed, in tempo d'emergenza o guerra, neppure da quelli. L'interesse pubblico, infatti, non si esprimeva più soltanto nella produzione del diritto e nella sua applicazione giurisdizionale, avendo dato vita all'imponente macchina organizzativa dell'amministrazione – centro gravitazionale di tutto il diritto pubblico – il cui compito è la produzione costante di comandi pubblici, pervasiva di ogni e più minuto ambito della vita individuale, senza che proprietà e libertà economica siano in grado di proteggerla – se non per pochi, e per poco.

Dalla legge del 28 piovoso anno VIII, l'amministrazione incarna un potere pubblico autonomo e proprio, che dispiega la sovranità non come semplice giuridicizzazione di apparati esistenti, ma come sistema attraverso il quale proprio la potestà sovrana si declina e propaga. Al tempo stesso, genera procedure, garanzie, legge sul contenzioso, perché la sovranità per espandersi ha bisogno di darsi regole e, quindi, con il moltiplicarsi della sua possibilità di comando genera anche la sua (parziale) limitazione. Proliferano, quindi, soprattutto sull'asse tedesco – italiano i miti fondativi di questo diritto pubblico interamente attratto e serrato nella sfera dello Stato, sicché gli individui saranno protagonisti dei rapporti di diritto privato ma sono attratti in quello pubblico come popolo o nazione oppure, sul versante opposto, non sono assorbiti nella sfera statale ma sono bersaglio dell'esercizio dei poteri ed a questi soggetti, sudditi – tanto perché non manchi l'evocazione diretta della sovranità (quando non, con terminologia stridente che si ascolta tutt'oggi, amministrati, come oggetti o cose in balia del potere). Il discorso costituente sbiadisce e l'amministrazione è il luogo del rapporto tra suddito e potere, necessariamente dello Stato come attrattore di tutte le manifestazioni del pubblico, sicché quando la società si rende capace di amministrazione nell'interesse pubblico (come nei servizi pubblici resi direttamente da comunità di cittadini associati), questa è del tutto irrilevante e diviene “pubblica” solo quando un soggetto pubblico, un'articolazione del-

lo Stato assuma quell'interesse come pubblico in senso soggettivo. Gli stessi diritti dei cittadini, che nella dialettica costituente si contrapponevano alla sovranità, nella sintesi hegeliana vengono assorbiti nella realizzazione totale operata dallo Stato; se questa è l'impostazione dei *Lineamenti di filosofia del diritto*, l'impianto hegeliano richiede di ricercare il luogo della protezione di quegli stessi diritti che lo Stato assorbe ed assicura, sicché la consequenziale risposta di Jellinek: ciò dipende solo dall'autolimita che lo Stato s'impone in relazione agli *status* di cittadinanza, operando una saldatura con le origini codicistiche del problema. Anche da noi, la scuola orlandiana sarà sempre fermissima nel differenziare il diritto pubblico dal privato in ragione dell'assenza di reciprocità (fino a dopo la Costituzione, propriamente di rapporto giuridico), giacché la soggezione e l'obbedienza al comando sono assoluti, non corrispettivi ad alcunché e l'amministrazione dispone della «forza sovrana» in sé stessa, precedendo la legge e ad essa resistendo; la legge si rivolge quindi all'amministrazione e non ai cittadini, cui spetta la soggezione al comando di quest'ultima, concreto e frutto dell'insindacabile interpretazione ed applicazione della legge, mescolata nel fiume lavico della discrezionalità, del merito, della potestà regolamentare e disciplinare dell'amministrazione, capace di liquefarne e rimpastare il precetto. L'autolimitazione immaginata da Jellinek è pur sempre cangiante e, come si noterà esattamente novant'anni dopo (G. BERTI, *op. ult. cit.*), la legge stessa promana dal medesimo ed unico Stato cui appartiene l'amministrazione.

La sintesi che ne propone Sordi è indiscutibile: «quell'immagine rivela, agli occhi dei giuristi, soprattutto un nucleo di solide invarianti, talmente solide da proiettarsi a ritroso sull'intero percorso storico, abbreviato e semplificato in un crescendo lineare e progressivo della statualità: la diretta proiezione della sovranità; l'interesse collettivo; la supremazia; la strutturale disparità del rapporto; la coincidenza del diritto oggettivo con il solo diritto soggettivo dello Stato; il limitato potere imperativo della norma; la discrezionalità» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 130).

2.7. La distinzione tra diritto pubblico e privato non ha nulla di necessitato, è il frutto della storia e dell'elaborazione dei giuristi in relazione alla realtà da spiegare, quando non da costruire. E rispetto al fulgore del XIX secolo, essa subisce una progressiva erosione, nel senso dell'avvicinamento delle categorie e della confusione circa il confine, in precedenza così strutturalmente, costituzionalmente, netto. Il primo – e forse più significativo – fronte di crisi è dato dall'emergere della questione sociale e, conseguentemente, dell'iniziativa dello Stato sul versante dei servizi pubblici e dell'emergere della funzione sociale dei diritti fondamentali (a cominciare dalla proprietà e dall'impresa).

Sul versante pubblicistico, tuttavia, le letture pluraliste (primo tra tutti Santi Romano) hanno la funzione di inserire anche il servizio pubblico ed in generale l'intervento pubblico in risposta della questione sociale, entro una costruzione nella quale la socialità assume rilievo pubblico solo se ed in quanto la corrispondente funzione sia assunta come compito proprio da parte di un soggetto pubblico e, per altro verso, la costruzione pluralista dell'ordinamento risponde sia al bisogno di sussumere all'ordinamento statale ogni altro ordine giuridico, sia a quello di costruire l'amministrazione come ordinamento e, conseguentemente, di limitarne la soggezione alla legge (per una più ampia discussione di questi temi sia consentito rinviare alle considerazioni di chi scrive nel *Contributo ad una teoria del pubblico servizio*, Padova, Cedam, 2001). In altri termini, se è vero – come magistralmente mostra Sordi – che l'emergere della domanda sociale trasforma sia il diritto pubblico, associando all'attività amministrativa espressione di potere sovrano una diversa azione spesso attraverso organizzazioni privatistiche o contratti, che quello privato, con l'emersione di limiti alla volontà contrattuale intesa come pura autonomia, è anche vero che l'intera attività amministrativa “di benessere” viene sussunta – con formule che, per quanto imperfette, vengono ancor oggi credute come indiscutibili – alla funzione e, quindi, al potere imperativo derivato dalla sovranità. In questo senso, la spiegazione tradizionale ed ancora corrente della concessione amministrativa mostra

con chiarezza il successo di un dispositivo la cui funzione non è se non riaffermare che qualunque attività condotta dalla società può avere rilievo pubblico solo se assunta da un soggetto che sia anch'esso pubblico e, comunque, potrà essere esercitata solo in sostituzione dell'amministrazione, sempre soggetta al suo comando imperativo (attraverso la concessione), in un regime che si vorrebbe privatistico a valle dell'atto concessorio e che, tuttavia, si inframezza di supposte componenti pubblicistiche che dottrina e giurisprudenza ravvedono non appena vi sia un rilievo del pubblico interesse.

Se è, quindi, vero che il *service public* non si limita ad affiancare la *puissance* ma «inizia a sostituirsi alla stessa sovranità nazionale» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 151), che la legislazione di guerra sottrae al diritto privato l'astrattezza della norma, riempitasi di fatticità, che il diritto sociale si interpone tra la dimensione orizzontale paritaria del diritto privato e quella verticale di quello pubblico consolidando «una inedita dimensione di autodeterminazione collettiva» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 167), che il diritto corporativo consegna un rilievo pubblico alla società incompatibile con la purezza della grande dicotomia, è difficile negare che, tuttavia, ciò sia avvenuto soprattutto assorbendo la socialità nell'area del comando pubblico, rendendo autoritario l'intervento pubblico nella sfera privata – senza il coraggio di riconoscere schiettamente il valore collettivo dei diritti della persona e del loro esercizio nell'ambito della società – e sottoponendo il processo economico ad un governo giuridico che è, essenzialmente, fatto di comandi pubblicistici, determinandosi (particolarmente con Forsthoﬀ), una fusione tra Stato ed economia in un ordine (giuridico) unitario che determina la direzione statale dell'economia, attraverso «nuove forme dell'amministrazione diretta proprie di uno Stato che proietta sulla società la forti pretese regolatorie che lo sorreggono» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 189).

Il risultato è la chiara sintesi di Cesarini Sforza nel 1938: «lo Stato fascista ha tre caratteri essenziali già perfettamente identificabili: esso è autoritario, totalitario e corporativo»; né, questa struttura è venuta immediatamente meno nel

dopoguerra, stante che il sistema costruito dalla dottrina di quegli anni – il cui tratto essenziale era dato da un movimento «verso un rivestimento autoritario della tradizione, non verso il suo completo sovvertimento» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 176) –, anche per via dell'autorevolezza dei suoi autori, ha avuto lunga osservanza anche ad esito dell'approvazione della Costituzione repubblicana, sicché la tradizione dopo esser stata rivestita d'abiti fascisti senza mutarne troppo la sostanza (come le persone, secondo la nota analisi di Pasolini; P. P. PASOLINI, *Il fascismo degli antifascisti*, Milano, Garzanti, 2018), poteva esser tranquillamente rivestita del suo panneggio solito ed assolvere alla funzione di tenere la Costituzione lontana dal diritto pubblico praticato.

2.8. La tradizione aveva potuto rivestire gli abiti militari del diritto di guerra, quelli corporativi del fascismo e quelli totalitari che ad esso si associavano, perché la sua sostanza non affrontava né esorcizzava la sovranità, che resta il fondamento sicuro del potere dello Stato. Semmai, la prima metà del Novecento, rendeva incerta la distinzione tra diritto pubblico e privato per ragione della intensissima pubblicizzazione del secondo, stante che sia il ricorso all'amministrazione in forma di organizzazioni di diritto privato, sia quello all'amministrazione per contratti restava saldamente controllata dalla sussunzione sotto l'atto autoritativo con il quale queste forme venivano disposte, modificate, revocate. La stessa costruzione pluralista dell'ordinamento assolve alla funzione storica di pubblicizzare la società assai più che quella di rendere ragione della sua autonomia; la natura derogatoria degli ordinamenti sezionali, vera fonte di una discrezionalità vicina all'arbitrio per la pubblica amministrazione, completa un quadro fatto di soggezioni e supremazie (generali o speciali).

Il dopoguerra non mostra una direzione significativamente differente: nel diritto privato, alla «unicità del soggetto» si sostituisce «una invadente moltiplicazione dei soggetti giuridici» e la «purezza delle linee codicistiche è sommersa da un immenso sviluppo quantitativo della legislazione dei rapporti privatistici con una pesante legificazione di relazioni privatistiche finora affidata solo alla

leggera silhouette delle norme del codice» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 196); d'altro canto, la pubblicizzazione dell'economia – anche attraverso la nazionalizzazione di interi settori della vita economica – determinava una sorta di rivincita del diritto privato, che diveniva la disciplina applicabile allo Stato imprenditore.

Se tutto questo è indubitabilmente vero, è però difficile negare che il predominio del diritto pubblico (della tradizione) autoritario e fondato sulla sovranità dello Stato, in quegli anni, ha trovato percorsi di affermazione efficaci: dalla teoria dell'ordinamento sezionale, figlia di quella della pluralità degli ordinamenti, capace di sottoporre al comando pubblicistico l'intero settore del credito (con Giannini) o degli interventi a favore della casa (con Nigro); a quella dell'indirizzo economico nazionale, attraverso la programmazione ed il coordinamento (con Bachelet); al regime speciale delle società a partecipazione pubblica attraverso l'IRI. «Siamo all'apice delle funzionalizzazioni, delle pubblicizzazioni del diritto privato, ma anche delle leggi incentivo che indirizzano la volontà privata e le scelte economiche attraverso meccanismi di ausilio finanziario, che aprono la strada all'imperio delle leggi speciali ed all'età della decodificazione» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 205).

La sostanza, è quella della permanenza del diritto pubblico della tradizione; mutano la società e l'ordinamento (con l'entrata in vigore della Costituzione); si trasformano l'attività ed il ruolo dello Stato, con lo sviluppo dello Stato-sociale e l'interventismo economico; sul versante organizzativo, sia pure con ritardo, la stessa struttura dello Stato si articola con la creazione delle Regioni ed il rilievo costituzionale delle autonomie locali. Tuttavia, la teoria generale del diritto amministrativo si mantiene stabilmente fondata sulla sovranità dello Stato e l'autoritatività del provvedimento che contiene il comando dell'autorità.

2.9. La direzione cambia bruscamente con l'imponente crisi dello Stato nazionale degli ultimi decenni.

La crisi dello Stato si declina in diversi fronti anch'essi di crisi: quella di legittimazione degli Stati democratici cerca compensazioni nella paritarietà e

nell'espansione degli accordi, dell'azione attraverso contratti e consensi; quella relativa all'apparato amministrativo, prova a rispondere con la privatizzazione ed il regime di diritto privato esteso all'impiego pubblico; quella dell'attività amministrativa autoritativa, consente finalmente l'approvazione della legge sul procedimento amministrativo. Si tratta di elementi tipicamente italiani, che si sono presentati tutti insieme alla fine degli anni Ottanta, mettendo in crisi il permanere dei paradigmi tradizionali.

Solo pochi anni più tardi, tuttavia, si presenta il cambiamento più radicale, con l'affermarsi delle teorie ordoliberali attraverso la disciplina dell'allora Comunità Europea, l'ulteriore frammentazione dello Stato a favore delle istituzioni europee, il primato del dato economico su quello politico (e giuridico) – con le conseguenti privatizzazioni delle società pubbliche, primato del diritto della concorrenza, mutato ruolo dell'autorità in funzione di regolazione, trasformazione del regime dei pubblici servizi, ulteriore modificarsi dell'organizzazione amministrativa secondo moduli aziendalistici. Più ancora, l'economia cessa di essere condizionata dall'intervento dello Stato e dalla prevalenza del potere pubblico, ormai «venuta a orbitare su di una scala globale non più raggiungibile dal diritto e dalla politica» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 215). Pur a fronte di mutamenti così imponenti, l'edificio otto/novecentesco dello Stato non viene abbattuto e l'idea «di un mercato capace di sottrarsi alla sovranità e all'ordine giuridico non ha trovato conferme. Il mercato è sempre normativamente fondato» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 218).

E', tuttavia, innegabile che il mercato globale abbia sottratto agli Stati legittimazione, strumenti di intervento, capacità di assicurare i diritti delle persone, perfino le stesse basi della democrazia rappresentativa; «in questi spazi sconfinati necessariamente politica, democrazia, costituzione, diritto sociale lasciano solo delle tracce evanescenti» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 222), sicché proprio democrazia e sovranità sono indebolite dai «pesanti congegni costituzionali interni agli Stati, sostanzialmente espropriati ogniquale volta s'intercettino questio-

ni relative ai mercati, dei consueti spazi di manovra per le politiche economiche, industriali, di occupazione, di *welfare*» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 223). L'insieme delle trasformazioni intervenute restituiscono anche l'immagine del diritto privato profondamente mutata, lontana dall'individualismo delle origini, dall'uguaglianza formale delle parti e dal dogma della pura volontà; gli stessi rapporti di diritto privato, dal regime dei beni e delle appropriazioni fino dalle questioni nuove poste dal biodiritto, non sono dominabili con le coordinate della tradizione; infine, lo stesso diritto privato «si è visto restituire una sua intima vocazione costituzionale» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 231) in antitesi a quella proprietaria ed individualistica delle costruzioni codicistiche. Diritto pubblico e privato sono, quindi, così profondamente trasformati da rendere spesso evanescente la loro distinzione o, per lo meno, scarnificate le sue fondamenta.

Rimangono «sul tappeto i grandi temi della modernità: i diritti, dei singoli e dei gruppi; i poteri, i limiti, le garanzie. Nessuno di questi grandi temi è esclusivamente pubblico o esclusivamente privato» (B. SORDI, *op. ult. cit.*, 236).

3. La potente sintesi di questo libro, pur nel garbo con il quale il suo Autore, come sempre, pone le questioni, non può lasciare indifferenti e meriterebbe, invece, un più ampio concorso di opinioni. Le questioni che pone, a mio modo di vedere, sono semplicemente ineludibili.

Non si tratta di rammentare come la civiltà occidentale abbia proceduto per millenni senza un vero e proprio diritto pubblico, sicché come ogni costruzione storica esso potrebbe venire meno o difettare. La questione è se senza di esso i diritti fondamentali di persone e comunità riceverebbero un vantaggio – il che, nelle condizioni date, non pare. Piuttosto, è difficile sottrarsi all'idea che – limitando lo sguardo al nostro dato nazionale – gli studiosi ed i pratici abbiano, nella sostanza, perpetuato le categorie classiche, mutandone l'apparenza per quel che bastava sul momento. Il diritto pubblico fondato nella sovranità dello Stato, nella sua organizzazione, nell'autorità del comando e nella limitazione delle garanzie, è rimasto saldo, non consentendo se non adattamenti. Corpora-

tivi e autoritari quelli della prima metà del Novecento; diretti a sussumere nelle sue categorie il welfare e l'intervento nell'economia, ad esorcizzare le novità costituzionali, a ritardare le Regioni, a depotenziare i diritti e lo spazio delle comunità, quello che ha dovuto confrontarsi con la Costituzione repubblicana. Mentre gli altri Paesi europei vedevano, sotto l'incalzare di eventi anche terribili, la necessità di integrare, mutare, rivedere fondamenta e paradigmi, l'elevatissima qualità tecnica della nostra dottrina e della giurisprudenza nostrana consentivano adattamenti, producevano teorie – basterebbe il riferimento all'istituzionismo romaniano – che assolvevano al compito primario di ridurre le novità nel perimetro della tradizione, consentendo la prosecuzione dell'armamentario della sovranità dello Stato e dell'autoritatività del comando. Siamo, quindi, arrivati con difficoltà al confronto con il diritto di quella che sarebbe poi divenuta l'Unione; e, diversamente da altri e per maggiore debolezza economica, politica ed istituzionale, abbracciando subito e con entusiasmo il neoliberismo che ne derivava, senza troppa coscienza teorica e politica. Ne è derivato un sistema anchilosato e asimmetrico, nel quale convivono la concorrenza come dogma e l'autorità del comando limitatamente sindacabile, sia che si tratti di assegnare una gara che di sanzionare una condotta anticoncorrenziale; si confondono regolazione e regolamentazione, attività neutrale relativa al mercato e provvedimento unilaterale nell'interesse pubblico; e via enumerando. La sostanza è che le novità si sono giustapposte al diritto pubblico della tradizione senza trovare una nuova sintesi, così come potrà dirsi della privatizzazione del pubblico impiego – solo parziale, impiantata su di un'organizzazione ancora di diritto pubblico – o quella delle società pubbliche – con i mille rivoli delle deroghe di diritto speciale. Il risultato è la permanenza dei paradigmi posta accanto alla loro smentita, con la creazione di dispositivi spesso mostruosi non solo per ragione del loro comporsi arlecchinesco, ma dei risultati prodotti.

In questo miscelare ciò che spesso è irriducibile, la narrazione generale non è mutata: centrale resta l'organizzazione di diritto pubblico, che produce

decisioni autoritative di diritto pubblico, lungo procedimenti anch'essi di diritto pubblico – depotenziato il ruolo del cittadino – cui si potrà reagire azionando situazioni soggettive di diritto pubblico innanzi ad un giudice speciale. In qualche modo, potere ed organizzazione tradizionali si trovano incaricati di compiti nuovi cui provano ad applicare la grammatica di cui dispongono.

Di per sé, non sarebbe se non l'ennesimo adattamento. Il problema, però, è un altro. Sordani nota che gli Stati si sono visti sottrarre lo spazio per le politiche economiche, industriali, occupazionali o di *welfare*. Ma v'è molto di più. La questione non risiede solo nella limitazione dell'ambito riservato all'iniziativa pubblica nazionale – frequentemente con nuove formulazioni costituzionali di contenimento – quanto, piuttosto, nella funzionalizzazione del potere dello Stato alle esigenze del mercato globale. Non è difficile vedere le linee portanti della mutazione ed è agevole indicarle.

Anzitutto, globalizzazione economica e trasformazioni tecnologiche hanno reso debolissimo il processo democratico ed asfittica la democrazia rappresentativa, per la ragione sostanziale di avere marginalizzato settori molto ampi della società; il risultato, quindi, è la domanda di protezione da parte dell'autorità, domanda che l'elettorato ha posto senza mezzi termini in tutte le democrazie sia europee che nordamericana. La conseguenza immediata è quella del ritorno a dispositivi autoritari, alcuni propriamente dello Stato-di-polizia, con ampio ricorso a clausole generali, ad organizzazioni e poteri emergenziali e spesso derogatori.

In *secondo* luogo, lo stesso meccanismo, spesso innescato dall'apprezzamento discrezionale del rischio – cui fa séguito l'emergenza e, quindi, la deroga, con tecniche ormai riconoscibili e quasi consolidate che si reggono su decreti-legge che contengono atti amministrativi e conseguente ricorso a contratti o soggetti privatistici, saltando l'amministrazione come luogo di emersione e composizione degli interessi – è direttamente posto a servizio del mercato neo-liberale e della celerità e stabilità delle decisioni necessarie a singole operazioni

economicamente molto rilevanti. Non si tratta, quindi, di limitazioni poste agli Stati dal mercato, attraverso il paradigma della razionalità sociale dell'operatore economico che deve essere imposta allo Stato rispetto alla gestione del suo debito. E' altro: è la funzionalizzazione del potere dello Stato al conseguimento di specifici risultati economici in modo celere e stabile, sostanzialmente escludendo le tutele procedimentali e processuali quando non propriamente eliminando la stessa amministrazione dal processo.

In *terzo* luogo, ricchezza e conoscenza si muovono, ormai, attraverso il mercato globale ma soprattutto lungo sistemi digitali, sicché il profilo della localizzazione (statale, nazionale o anche continentale) del potere diviene *handicap* difficilmente superabile, sicché la protezione dei diritti riesce impossibile alle autorità pubbliche non solo perché limitate finanziariamente, ma proprio perché strutturalmente localizzate. Imponenti poteri a-territoriali sono in grado di travolgere ogni tentativo di resistenza statale (tentativo che, peraltro, manca quasi interamente giacché sono proprio gli Stati a cercare l'omologazione digitale e subire la soggezione economica).

I mutamenti che si sono ormai determinati – da tempo e in modo riconoscibile, per quanto nella consistente trascuratezza degli interpreti – fanno sì che il punto che pone Sordi sia esattamente quello imprescindibile: la distinzione tra diritto pubblico e privato si segna lungo tracciati confusi ed irriconoscibili rispetto a quelli della tradizione degli ultimi due secoli; ma ciò non significa che venga meno il problema di fondo che, costitutivamente, quella distinzione cercava di affrontare, vale a dire come si proteggano i diritti delle persone e delle comunità, come si disciplinino i poteri, privati e pubblici, li si limitino, li si sottopongano alla critica razionale del processo. Proprio queste questioni – e la coscienza dei mutamenti intervenuti – da oltre un decennio mi fa porre il tema centrale della sovranità.

La sovranità dello Stato, riserva inesauribile di autorità e comando, negli ultimi anni è stata resa funzionale ad obiettivi neoliberali chiari e riconoscibili,

ha contribuito ad indebolire la società e le comunità locali, assicurando protezione solo in modo autoritario. Si tratta di un esercizio autoritario del potere che travolge il sistema delle fonti e lo Stato-di-diritto, comprime le tutele, altera le organizzazioni, strozza i procedimenti, seleziona gli interessi. Si tratta di un uso autoritario del potere che si legittima sempre con la necessità e l'urgenza, così da comprimere ogni spazio di controllo razionale e da ordinare (buona parte della) dottrina e giurisprudenza nell'evocazione della mancanza di alternative (del resto, *there is no alternative* è il più antico slogan neoliberale). Se si prende sul serio la Costituzione, non mi pare sia difficile ammettere che la sovranità non spetta allo Stato ma alle persone (art. 1), ch'essa si trattiene permanentemente nell'ordine dei diritti fondamentali (art. 2), sicché il compito dell'autorità è quello e solo quello di massimizzarne il godimento in ossequio all'eguaglianza (art. 3) ed articolando il potere secondo il disporsi delle comunità (art. 5). Si tratta di costruire un ordine in grado di assicurare libertà e dimensione normativa della persona, che ciò avvenga attraverso il diritto pubblico o quello privato.

DONATO VESE

Assistant Professor in Law and Economics

University of Pisa, School of Law

donato.vese@unipi.it

**IL COMPORTAMENTO AMMINISTRATIVO NELLA
PROSPETTIVA DEL DIRITTO DELL'ECONOMIA: LA
RESPONSABILITÀ CIVILE PER DANNO DA RITARDO**

**ADMINISTRATIVE BEHAVIOR FROM THE LAW AND ECONOMICS
PERSPECTIVE: THE LIABILITY OF OFFICIALS FOR DELAY
DAMAGES**

SINTESI

Il comportamento amministrativo, sin dallo straordinario lavoro di Herbert Simon (1947), è stato oggetto di importanti studi e ricerche nelle scienze economiche, sociologiche, manageriali, politologiche e amministrative. Eppure, tale argomento è rimasto piuttosto inesplorato nelle scienze giuridiche, dove, tuttavia, non sono mancati significativi contributi che hanno arricchito la conoscenza su un tema così interessante per la comprensione del funzionamento della macchina burocratica dello Stato. In vista di dare nuova linfa a questo campo di ricerca, il presente articolo intende offrire un contributo settoriale allo studio del comportamento amministrativo nella prospettiva del diritto dell'economia, attraverso l'analisi di un profilo ancora poco esplorato: la responsabilità civile dei funzionari pubblici per danno da ritardo.

ABSTRACT

Since the seminal work of Herbert Simon (1947), the administrative behaviour has been the subject of important studies and research in the economic, sociological, managerial, political, and administrative sciences. Yet, this topic has remained rather unexplored in the legal sciences where, however, there has been some significant research that has broadened knowledge on such an

interesting topic to understand the functioning of the state bureaucratic machine. This article provides insightful research about the administrative behaviour in the law and economics perspective, through the analysis of a still little-explored topic: the tort liability of public officials for damage of delay.

Parole chiave: Comportamento amministrativo, pubblici ufficiali, razionalità limitata, responsabilità civile, danno da ritardo.

Keywords: Administrative behaviour, public officials, bounded rationality, civil liability, damage by delay.

Indice: 1. Introduzione. – 2. La funzione correttiva e deterrente della responsabilità civile e i suoi limiti. – 2.1. Il risarcimento non elimina il danno, ma lo trasferisce. – 2.2. La funzione generale di garanzia del patrimonio dell'amministrazione. – 2.3. Asimmetrie informative, azzardo morale, burocrazia difensiva, danni per la collettività. – 2.4. Funzione di deterrenza ed efficacia della responsabilità: l'orientamento della giurisprudenza. – 2.5. Norme risarcitorie e criticità. – 3. La responsabilità civile per danno da ritardo. – 3.1 L'autonomia del danno da ritardo. – 3.2 I presupposti: ingiustizia, nesso causale, elemento soggettivo. – 3.3. Natura extracontrattuale della responsabilità, alcuni punti critici. – 4. Norme di responsabilità e nudges. 5. La responsabilità soggettiva fra benefici e difetti. – 6. La responsabilità contrattuale. – 6.1. Il rapporto legale tra privati, imprese e amministrazione. – 6.2. Inversione dell'onere della prova e diritti procedurali. – 6.3. L'indennizzo automatico del danno da ritardo. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Se le varie figure di responsabilità (disciplinare, amministrativo-contabile, civile e penale) previste in capo ai funzionari pubblici¹ – che nell'ordinamento italiano trovano fondamento nel principio sancito dall'articolo 28 della Costituzione² – possono effettivamente costituire un disincentivo al fine di ridurre e dove possibile eliminare i comportamenti opportunistici e dilatori che si verificano nella pubblica amministrazione, l'argomento, proprio perché nodale per i risultati cui esso può portare sul versante degli studi del diritto dell'economia,

1 Si v. il fondamentale studio di L. RAGGI, *La responsabilità civile dei pubblici funzionari amministrativi*, Piacenza, Stabilimento tipografico piacentino, 1899. Inoltre, più recente, si v. V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, Giuffrè, 1979. Si v. pure G. PERULLI, *La responsabilità civile, penale, amministrativa degli amministratori pubblici comuni, province, regioni, USL e aziende speciali con la giurisprudenza della Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 1995; S. C. DE BRACO, *Le responsabilità del pubblico impiegato*, Padova, Cedam, 2003; V. TENORE, L. PALAMARA, B. MARZOCCHI BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente civile, penale, amministrativa, disciplinare, dirigenziale normativa, dottrina, giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2013.

2 Si v. l'originale ricerca curata da D. SORACE, *Le responsabilità pubbliche civili, amministrative, disciplinari, penale, dirigenziale*, Padova, Cedam, 1998.

merita un approfondimento scientifico, come noi proveremo a offrire in questa sede.

Sebbene nei sistemi legali europei si vada diffondendo l'idea che un'estensione della responsabilità del funzionario realizzi un efficace strumento di contrasto alle condotte opportunistiche e dilatorie messe in atto dal comportamento burocratico³, ciò nondimeno appare utile sottoporre ad un esame critico simile convincimento e riconsiderare – ed eventualmente ridimensionare – l'effettivo impatto che tali sistemi di *accountability* hanno dal punto di vista della efficacia delle norme di responsabilità amministrativa⁴. Gli studi classici sulla razionalità limitata e quelli più recenti sul difetto del giudizio di individui e organizzazioni sono significativi a tal riguardo e descrivono uno scenario ben diverso da quello immaginato e voluto dai *policy makers* europei. In questo lavoro noi daremo conto di questi studi innovativi provenienti dalle scienze sociali e comportamentali e proveremo a mostrare i principali traguardi che la loro applicazione ottiene sul versante delle norme di responsabilità civile dei funzionari, concentrandoci sul particolare aspetto del danno da ritardo causato dai dipendenti pubblici. Il presente articolo offre un'analisi del comportamento amministrativo nella prospettiva del diritto dell'economia, esplorando la responsabilità civile dell'amministrazione e dei funzionari per danno da ritardo. A questo scopo, traendo spunto dai considerevoli risultati raggiunti nel campo delle scienze comportamentali e cognitive a partire dagli originali lavori di Herbert Simon sulla *bounded rationality*⁵ e da quelli più recenti della *nudge theory*⁶, l'articolo

3 U. SCHWEIZER, *Efficient Compensation: Lessons from Civil Liability* in *Journal of institutional and theoretical economics*, 173(1), 2017, pp. 54-70.

4 Si v. l'interessante lavoro di G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, Editore scientifico, 2017.

5 H.A. SIMON, *A behavioral model of rational choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 69(1), 1955, 99-118; ID., *Models of man*, Wiley, 1957, H. A. Simon, *Models of bounded rationality*, 1982, MIT Press; ID., *Rationality in psychology and economics*, in *The Journal of Business*, 59(4), 1986, 209-224; ID., *Administrative behavior: A study of decision-making processes in administrative organizations*, 4th ed., New York, Free Press, 1997, ID., *Bounded rationality in social science: Today and tomorrow*, in *Mind and Society*, 1(1), 2000, 25-39.

6 Si v. il fondamentale libro di R.H. THALER – R.C. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, Yale, 2008 trad. it. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le no-*

discute i benefici e mette in luce i costi che le norme risarcitorie implicano nell'attività delle amministrazioni e dei funzionari⁷, in vista di comprendere le ragioni e di offrire le soluzioni per migliorare il comportamento amministrativo sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e dell'equità dell'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia.

Prima di addentrarci nella nostra analisi, una premessa metodologica appare fondamentale. Sebbene sappiamo quanto sia importante nella letteratura giuridica specialistica la distinzione fra le varie tipologie di errore nel *decision-making* dei funzionari (illegittimità, illiceità, ecc.), in questa ricerca noi non ne terremo conto. A noi non interessa la diagnosi, ma piuttosto la prognosi di una decisione sbagliata del funzionario e su quest'aspetto focalizzeremo la nostra attenzione in vista di trarre utili considerazioni sulla reale efficacia degli attuali sistemi di *accountability*.

L'indagine sull'effettiva portata delle norme di responsabilità⁸ dei funzionari e dei dirigenti⁹ possono avere un ruolo cruciale nel contesto dei rapporti fra amministrazione, ufficiali, privati e imprese¹⁰.

Nell'articolo si farà riferimento alla sola responsabilità civile¹¹. Tuttavia, nulla ci vieta di estendere i risultati raggiunti anche alle altre tipologie di responsabilità (amministrativo-contabile, disciplinare, penale)¹². Nella presente ricerca, come il lettore avrà modo di vedere, le diverse tipologie di *accountability*

stre decisioni su denaro, salute, felicità, Milano, 2008.

7 Sull'argomento si v. l'interessante libro di S. DHAMI – C. R. SUNSTEIN, *Bounded rationality: heuristics, judgment, and public policy*, MIT Press, Massachusetts, 2022.

8 R. MOULES, *Actions against public officials: Legitimate expectations, misstatements and misconduct*, London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.

9 Sugli errori e le decisioni sbagliate degli alti dirigenti si v. P. B. CARROLL, M. CHUNKA, *Billion Dollar Lessons: What You Can Learn from the Most Inexcusable Business Failures of the Last 25 Years*, New York, Penguin, 2008. Si v. anche S. FINKELSTEIN, *Why Smart Executives Fail: And What You Can Learn from Their Mistakes*, New York, Penguin, 2004, tr. it. *Perché i bravi manager sbagliano. E cosa possiamo imparare dai loro errori*, Etas, Milano, 2004.

10 Si v. l'interessante ricerca della banca mondiale, World Bank, *Fraud and Corruption Awareness Handbook: A Handbook for Civil Servants Involved in Public Procurement*, Warsaw, 2013.

11 P. BIRKS – J. BEATSON, *The frontiers of liability*. Oxford, Oxford University Press, 1994.

12 Per un interessante studio di diritto comparato si v. K. OLIPHANT, *The liability of public authorities in comparative perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

possono essere accomunate – sempre tenendo a mente la loro diversità e peculiarità – dal fatto di rappresentare efficaci strumenti di correzione delle condotte sbagliate dei funzionari pubblici e più in generale delle amministrazioni¹³.

Vero è che tale operazione può essere coerente se si considera che la responsabilità amministrativa-contabile, vale a dire una tipologia di responsabilità che si configura quando il funzionario causa un danno patrimoniale erariale all'ente pubblico, non è poi così diversa dalla responsabilità civile. Nella responsabilità amministrativa-contabile lo schema prevede:

- i) una peculiare qualificazione del soggetto autore del danno (il pubblico funzionario o soggetto legato alla pubblica amministrazione da rapporto di servizio);
- ii) la natura del soggetto danneggiato (l'ente pubblico);
- iii) la causazione del danno nell'esercizio di pubbliche funzioni.

Inoltre, sul versante del diritto processuale, è utile ricordare che l'ente pubblico danneggiato agisce nei confronti del funzionario per il risarcimento del danno dinanzi alla Corte dei conti anche per l'azione di rivalsa, in vista di reintegrare il patrimonio pubblico dell'ente che ha sostenuto inizialmente i costi dei danni provocati dal dipendente.

L'articolo si divide in sette paragrafi. Il primo paragrafo introduce l'argomento e presenta alcune questioni aperte su un tema poco esplorato dalla letteratura giuridica ed economica.

Il secondo paragrafo analizza la funzione correttiva e deterrente della responsabilità civile, mettendo in luce alcuni dei suoi più problematici limiti. In questo paragrafo vengono esaminate le asimmetrie informative, enfatizzati i fenomeni dell'azzardo morale e della burocrazia difensiva, descritti i danni per la collettività e argomentato che il risarcimento non elimina il danno, bensì lo trasferisce soltanto. In questa parte vengono anche considerate la generale funzio-

13 Si v. il seminale lavoro di R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1967.

F. GARRI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, 4. ed., Torino, UTET, 2007.

ne di garanzia del patrimonio dell'amministrazione e l'orientamento della giurisprudenza italiana sull'efficacia in termini di deterrenza del comportamento amministrativo delle norme di responsabilità civile.

Il terzo paragrafo si focalizza su una particolare ipotesi di responsabilità civile, ossia quella riguardante il danno da ritardo. L'autonomia di tale tipologia di danno, la sua natura extracontrattuale nonché i presupposti dell'ingiustizia, del nesso causale e dell'elemento soggettivo della responsabilità legata al fattore temporale dell'azione amministrativa sono indagati in questa parte dell'articolo.

Il quarto paragrafo è dedicato a inquadrare le norme di responsabilità civile come *nudges*, ossia “spinte” utili a direzionare il comportamento amministrativo di funzionari e amministrazioni verso una maggiore efficacia dell'azione pubblica e una migliore tutela di privati e imprese.

Il quinto paragrafo esplora la natura soggettiva della responsabilità civile per danno da ritardo e discute dei benefici e dei difetti di simile impostazione.

Il sesto paragrafo offre la nostra opinione in merito alla natura della responsabilità civile per danno da ritardo, argomentando la tesi della natura contrattuale di tale responsabilità. Esso enfatizza il rapporto legale tra privati, imprese e amministrazione, l'inversione dell'onere della prova e i connessi diritti procedurali e infine l'indennizzo automatico del danno da ritardo.

Il settimo paragrafo conclude l'articolo con alcune considerazioni critiche sul comportamento amministrativo nella prospettiva del diritto dell'economia.

2. La funzione correttiva e deterrente della responsabilità civile e i suoi limiti

2.1. Il risarcimento non elimina il danno, ma lo trasferisce

Nel corso dell'indagine faremo spesso riferimento al metodo dell'analisi economica. Per questo motivo è necessario tracciare, seppure brevemente, alcune direttive che servono per comprendere meglio il ragionamento che abbia-

mo inteso seguire su quel versante di studio. In particolare, occorre chiarire che mediante gli schemi teorici dell'analisi economica alla responsabilità civile può essere attribuito uno scopo essenziale: ridurre i costi per i privati e le società del reciproco disturbo che scelte e azioni individuali non armonizzate dallo strumento contrattuale sono in grado di arrecare¹⁴. È sotto questo profilo che la responsabilità civile, intesa nella sua duplice dimensione di strumento giuridico ed economico, può assolvere ad una importante funzione correttiva di tutte le situazioni che non sono altrimenti conciliabili attraverso la spontaneità del mercato e degli altri strumenti negoziali privati.

La responsabilità civile ha lo scopo di reintegrare il patrimonio del soggetto danneggiato (privato o impresa) con quello del soggetto danneggiante (il pubblico funzionario e l'amministrazione), producendo una compensazione con le perdite e i mancati guadagni provocati dagli errori dei funzionari. Un ruolo cruciale della responsabilità civile risiede nella sua funzione deterrente, la quale contribuisce ad elevare gli standard di diligenza e a far rispettare il paradigma legale e disciplinare di riferimento. In sostanza, il timore della sanzione irrogabile può disincentivare i funzionari dal tenere comportamenti sbagliati o opportunistici.

Nella prospettiva del diritto dell'economia, uno degli obiettivi della responsabilità civile è quello di minimizzare gli oneri del danno e della sua prevenzione e, più analiticamente, di abbattere i costi primari, secondari e terziari dei fatti lesivi, in accordo con i criteri che sono stati autorevolmente elaborati a proposito della funzione di riduzione del "costo degli incidenti"¹⁵. In particolare, la riduzione dei costi primari si identifica con l'effetto preventivo e deterrente cui le norme di responsabilità assolvono. La riduzione dei costi secondari si sostanzia nella ripartizione del peso del danno tra i consociati, in modo da al-

14 R. H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *The Journal of Law & Economics*, 3 (1960), pp. 1-44.

15 G. CALABRESI, *Il costo degli incidenti e responsabilità civile: un'analisi economico-giuridica*, (ristampa inalterata con presentazioni di S. Rodotà e E. Al Mureden), Milano, 2015, 50 ss.

leggerirne gli effetti globali. I costi terziari sono invece legati al funzionamento dello stesso sistema di responsabilità (ad esempio i costi della giustizia civile).

È bene osservare come le tre sottocategorie, rappresentate dalle tipologie di inconvenienti monetari sopra descritti, sebbene indirizzate alla riduzione dell'onere economico complessivo degli eventi dannosi, spesso entrano in conflitto per il fatto che i criteri utilizzati per diminuire i costi primari potrebbero incrementare quelli secondari e terziari, allo stesso modo questi ultimi, nell'intento di ridurre gli eventi dannosi *ex post*, potrebbero rivelarsi inadeguati sul versante del corretto impiego degli incentivi *ex ante*¹⁶.

Per risolvere tali problematiche, la letteratura specialistica ha preferito dare maggiore enfasi alla dimensione correttiva e deterrente della responsabilità civile¹⁷. Tuttavia, come vedremo di seguito, la preferenza per questa dimensione che pone in risalto lo scopo della riduzione dei costi sociali sconta il fatto che il risarcimento non elimina il danno bensì lo trasferisce soltanto. Siccome il trasferimento è per sua stessa natura costoso, quest'ultimo non diminuisce, ma piuttosto aumenta le perdite che il fatto dannoso produce sulla collettività in termini di costi sociali.

2.2. La funzione generale di garanzia del patrimonio dell'amministrazione

In generale, il funzionario dispone di risorse limitate (ad esempio il reddito da lavoro dipendente) e difficilmente può risarcire i danni prodotti dai suoi errori. È il caso del dipendente pubblico che emanando in ritardo un provvedimento che incide su ingenti interessi economici, produce un danno cospicuo e non risarcibile con il proprio patrimonio. Un danno provocato da un provvedi-

16 Si v. R. D. COOTER – A. PORAT, *Getting Incentives Right*, Princeton, Princeton University Press, 2014.

17 Si v. S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Belknap Press, 2004, 473 ss. Nella dottrina italiana si vedano: P. TRIMARCHI, *Illecito*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 108 e R.D. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 2006, spec. 279.

mento illegittimo sotto il profilo temporale¹⁸ che facesse perdere un ingente finanziamento o che determinasse una grave perdita per una società di capitali, è sufficiente a rendere del tutto insufficiente il patrimonio del funzionario pubblico, benché il residuo e maggiore onere venisse risarcito con risorse pubbliche dall'ente. Questa circostanza dimostra che nel caso in cui vengano chiamati a rispondere in solido tra di loro, amministrazione e funzionario, il patrimonio pubblico finisce con l'assorbire la maggiore quota dei costi indebitamente provocati dal dipendente.

È chiaro che nelle ipotesi di danni da ritardo imputabili al funzionario, le pretese risarcitorie dei soggetti danneggiati – al netto di situazioni marginali – saranno avanzate dai soggetti danneggiati – privati e imprese – nei confronti dell'ente pubblico, stante il fatto che esso è dotato di un patrimonio più solido e solvibile rispetto a quello del singolo funzionario.

Un secondo argomento a sostegno della generale funzione di garanzia del patrimonio dell'amministrazione risiede negli inconvenienti di carattere giudiziale che il soggetto danneggiato incontra nell'intraprendere l'azione di responsabilità civile nei (soli) confronti del funzionario. Il danneggiato dovrebbe anzitutto riuscire ad individuare il singolo funzionario dell'amministrazione responsabile dell'illecito e, una volta individuato, dovrebbe provare l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. Nell'ordinamento italiano, le norme previste in tema di responsabilità civile stabiliscono che il funzionario risponde del danno solo se lo «abbia commesso per dolo o per colpa grave»¹⁹. Allo stesso modo, le norme in materia di responsabilità amministrativo-contabile prevedono che i funzionari siano sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti «personalmente e limitatamente dei fatti e delle omissioni commessi con dolo o colpa grave»²⁰.

18 Cfr. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 ss., e 532, dove si afferma come il fattore "tempo" è un elemento fondamentale nello stato del mercato.

19 L'articolo 23, decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957.

20 Articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come modificato dal decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543 (convertito, con modificazioni, in legge 20 dicembre 1996, n. 639),

2.3. Asimmetrie informative, azzardo morale, burocrazia difensiva, danni per la collettività

Le norme che allargano l'ambito della responsabilità, attraendo sempre di più entro quest'area il singolo funzionario inadempiente, possono essere spiegate con uno dei principali strumenti impiegati dall'analisi economica per misurare l'efficienza in contesti in cui le informazioni sono scarse o asimmetricamente ripartite fra le parti: la *agent/principal theory* (teoria dell'agenzia)²¹.

Nella relazione di agenzia, il funzionario (agente) che agisce in nome e per conto dell'amministrazione – e per essa della collettività (principale) – sebbene si trovi a prendere parte al rischio del risultato dei propri atti o dei provvedimenti alla cui adozione abbia collaborato, difficilmente percepisce nello stesso modo i vantaggi di cui beneficerebbe la collettività (tramite l'amministrazione) grazie al maggior impegno richiestogli, da una parte, e i costi personali cui si sottoporrebbe personalmente con decisioni sbagliate, dall'altra.

Verosimilmente all'interno della struttura del *decision-making* amministrativo si alimenterebbero distorsioni difficilmente evitabili e pertanto produttive di costi sociali e perdite economiche. Ritardi e comportamenti sbagliati o inopportuni dei vari funzionari compartecipi della formazione dei provvedimenti amministrativi possono sfociare in nuove occasioni di azzardo morale e di macchinazione delle asimmetrie informative, tali da arrecare disfunzioni gravi per l'efficiente e imparziale svolgimento dell'azione pubblica a danno dei privati e delle imprese.

21 Sulla teoria dell'agenzia in generale, si v. M. JENSEN, *Organization Theory and Methodology*, in *The Accounting Review*, 50, 2, 1983, 319-339. Sulla *positivist agency theory*, M. JENSEN, W. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, 4, 1976, 305-360; E. FAMA, *Agency Problems and the Theory of the Firm*, in *Journal of Political Economy*, 88, 1980, 288-307. Sulla *principal-agent research*, S. ROSS, *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*, in *The American Economic Review*, 63, 1973, 134-139; M. HARRIS, A. RAVIV, *Optimal Incentive Contracts with Imperfect Information*, in *Journal of Economic Theory*, 20, 1979, 231-259; S. GROSSMAN, O. HART, *An Analysis of the Principal-Agent Problem*, in *Econometrica*, 51, 1983, 7-45; W. BISHOP, *A Theory of Administrative Law*, in *Journal of Legal Studies*, 9, 1990, 489-530.

Vero è che le norme che stabiliscono una responsabilità solidale per l'amministrazione e il funzionario possono provocare un effetto disincentivante diametralmente opposto a quello ricercato, niente affatto desiderabile sul piano della protezione dei diritti e degli interessi di privati e imprese. Si tratta di un effetto sottovalutato, ma che, se non adeguatamente corretto, può causare problemi ben più gravi di quelli che si voleva prevenire con l'imposizione degli obblighi risarcitori in capo ai funzionari. In altre parole, il disincentivo connesso ai rischi che il funzionario deve sopportare può essere superiore all'incentivo che lo motiva all'azione. L'incertezza e il timore dei singoli funzionari di incorrere in errore e di dover risarcire i danni, comporta un eccesso di prudenza che si spiega con il fenomeno della "burocrazia difensiva". Allora, al pericolo di ritardo nella conclusione del procedimento si sostituisce il pericolo di inerzia, che paralizza, condizionandolo irreparabilmente, il buon andamento dell'azione amministrativa.

In definitiva, le norme che prevedono l'allargamento della responsabilità ai singoli dipendenti dell'amministrazione, in funzione di disincentivo delle condotte opportunistiche, non ottengano il risultato voluto in ragione del fatto che il danno provocato dai funzionari sarà destinato a gravare per la maggior parte sul patrimonio dell'amministrazione e pertanto sulla platea dei contribuenti. Pertanto, le norme risarcitorie sebbene vengano impiegate per correggere le distorsioni che si manifestano nelle varie forme di opportunismo (*moral hazard*)²², lasciano irrisolta la questione del maggior onere economico in concreto sostenuto dall'amministrazione e quindi dalla collettività, in conseguenza del danno causato e trasferito sulla stessa dagli errori commessi dai funzionari.

2.4. Funzione di deterrenza ed efficacia della responsabilità: l'orientamento della giurisprudenza

22 S. v. F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Cedam, Padova, 2011.

Se analizziamo la giurisprudenza sulla responsabilità civile, un *landmark case* è offerto da una decisione della Corte costituzionale italiana che ha offerto un'interessante interpretazione rispetto alle finalità ispiratrici delle norme di responsabilità²³. In particolare, la Corte costituzionale si era pronunciata sulla legittimità costituzionale di una importante norma emanata dal Governo italiano riguardante la limitazione della responsabilità dei funzionari pubblici dinanzi alla giurisdizione contabile (Corte dei conti italiana) per «*fatti ed omissioni posti in essere con dolo o colpa grave*»²⁴.

Secondo la Corte sarebbe infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento agli articoli 3, 97 e 103 della Costituzione italiana, rientrando nella discrezionalità del legislatore il potere di stabilire non solo quali comportamenti possano costituire titolo di responsabilità, ma anche quale grado di colpa sia necessario per la delineazione dell'illecito e a quale soggetto la responsabilità sia da imputarsi²⁵. Secondo la Corte, con la regola in questione si andava configurando un nuovo assetto normativo della responsabilità civile dei funzionari che mirava a ridurre il fenomeno della burocrazia difensiva e quindi evitare l'inefficienza dell'attività amministrativa.

La limitazione della responsabilità amministrativa e contabile dei funzionari nei giudizi della Corte dei conti ai soli casi di dolo e colpa grave dovrebbe essere funzionale a rendere più efficace l'azione della pubblica amministrazione, anche sotto il profilo temporale²⁶. La Corte costituzionale ha posto l'accento sull'esigenza di tracciare una linea di demarcazione tra il rischio che può as-

23 Corte costituzionale italiana del 20 novembre 1998, n. 371. La sentenza e un interessante commento della stessa è offerto in *Riv. amm. rep. it.*, II, 945 ss.

24 Si v. sempre Corte costituzionale italiana del 20 novembre 1998, n. 371. Sul punto si v. anche la Corte dei conti italiana (Regione Lazio), Sezione giurisdizionale, del 17 febbraio 2015, n. 117, secondo la quale in base a quanto disposto dall'art. 3, decreto-legge n. 543/1996 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 639/1996), nel giudizio di responsabilità davanti alla Corte dei conti, il giudicante, nella quantificazione del *quantum* da risarcire, deve tenere conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione, per effetto della condotta gravemente colposa del responsabile del danno erariale.

25 Corte Costituzionale del 7 aprile 1988, n. 411.

26 Si v. il fondamentale articolo di G. MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica Amministrazione*, *Il foro italiano*, 86(2), 1963, 23-24 e 37-38.

sumersi il funzionario (evidentemente in base alla sua remunerazione) ed il rischio di impresa che deve restare a carico dell'amministrazione. Ma ha anche sottolineato l'importanza della deterrenza e la necessità di ricercare un punto di equilibrio affinché la prospettiva della responsabilità sia ragione di stimolo e non di disincentivo.

La combinazione di elementi correttivi e di deterrenza che caratterizzano gli istituti della responsabilità del funzionario, permette alle norme risarcitorie di produrre un bilanciamento fra il rischio dell'attività posta a carico dell'organizzazione (l'amministrazione pubblica) e quella posta in capo al singolo (il funzionario)²⁷. L'obiettivo è quello di evitare che, per timore di incorrere in responsabilità, il funzionario limiti a tal punto il proprio raggio d'azione (burocrazia difensiva) da condizionare il buon andamento dell'azione pubblica (art. 97 Cost.). In definitiva, il regime della responsabilità non serve a definire la misura del comportamento del dipendente pubblico, ma è funzionale piuttosto a inquadrare le sue condotte nel più ampio contesto della disciplina dell'azione amministrativa, della sua efficacia e dei suoi obiettivi.

2.5. Norme risarcitorie e criticità

Le considerazioni svolte denotano che, nonostante i tentativi di bilanciamento della disciplina sostanziale e dei poteri sanzionatori, il regime della responsabilità dei funzionari e le modalità della sua concreta applicazione rappresentano spesso uno dei principali fattori di remora e disincentivo all'adozione di decisioni amministrative tempestive ed efficienti a beneficio di diritti e interessi di privati e imprese; il che potrebbe indurre a riconsiderare l'effettiva portata del sistema di responsabilità così come si è affermato con riguardo al rispetto dei termini dell'azione amministrativa.

27 Si v. B. E. HARCOURT, *The Systems Fallacy: A Genealogy and Critique of Public Policy and Cost-Benefit Analysis*, in *The Journal of legal studies*, 47(2), 2018, 429.

Tuttavia, i dubbi sulla reale efficacia dell'attuale assetto della responsabilità civile restano e l'obiettivo di sanzionare ogni comportamento sbagliato del funzionario con i rimedi civilistici, in vista di un'azione deterrente nei confronti dei dipendenti chiamati a disimpegnare l'attività provvedimentale, si dimostra difficile da realizzare nonché controproducente. La maggior parte del danno ricadrebbe sulla collettività e non sul funzionario, provocando, sotto il profilo preventivo, spese inutili e costi ingenti.

L'indagine condotta consente, in conclusione, di mettere in luce come le norme contemplate dall'articolo 2, comma 9 e ss., della legge n. 241/1990 s.m.i, le quali, come visto, estendono la responsabilità dei funzionari anche alle condotte che arrecano ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo, sono spesso destinate a sortire l'effetto opposto di quello voluto. Cosicché, proprio il fine cui si mirava, ossia il maggior benessere economico, rischia di essere perso di vista approdando a risultati inefficienti, oltreché insoddisfacenti per diritti e interessi di privati e imprese, proprio sotto l'aspetto temporale dell'azione amministrativa, la quale rischia di essere maggiormente paralizzata dal proliferare degli effetti distorsivi che l'applicazione delle norme di responsabilità implicitamente comporta.

In definitiva, a noi sembra più efficace e promettente una strategia basata su specifici *nudges* ("pungoli")²⁸, capaci di allineare opportunamente il comportamento amministrativo dei funzionari ai risultati dell'azione pubblica in termini di soddisfacimento delle pretese di privati e imprese.

3. La responsabilità civile per danno da ritardo

3.1. L'autonomia del danno da ritardo

28 Si v. C.R. SUNSTEIN, *Why nudge? The politics of libertarian paternalism*, Yale, Yale University Press, 2014.

A completamento del quadro resta da esaminare il tema della responsabilità civile della pubblica amministrazione per ritardo nella conclusione del procedimento²⁹. Analizzare la delicata questione della natura della responsabilità civile per ritardo della pubblica amministrazione, di cui all'art. 2-*bis* della l. n. 241/1990, offre l'opportunità di volgere lo sguardo verso alcuni interessanti sentieri che risultano ancora poco esplorati³⁰. La norma di cui all'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, svolge una funzione cruciale in favore della tutela degli interessi e dei diritti di privati e imprese nei confronti dell'amministrazione. Ciò in quanto tale norma non subordina più i diritti individuali al ristoro dei danni subiti per il ritardo nella emanazione del provvedimento al previo riconoscimento della spettanza dell'utilità finale o bene della vita da parte di privati e imprese.

D'altra parte, il fatto che il legislatore italiano abbia considerato il termine dell'art. 2, l. n. 241/1990 come uno strumento a garanzia della certezza temporale e dell'affidamento delle sfere private nei confronti dei poteri pubblici può avere un certo significato. Secondo il nostro punto di vista, il legislatore ha inteso limitare le ipotesi di risarcimento alle fattispecie in cui ricorra non solo il "danno ingiusto" per il comportamento *sine iure* dell'amministrazione, ma an-

29 In dottrina sull'argomento della responsabilità civile si vedano L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, vol. II, Milano, 2000, 1649 ss.; G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2009, 203 ss.; D. SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di interessi legittimi*, comparando, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova, 2005, 227 ss.; G. DELLA CANANEA, A. SANDULLI, *La responsabilità dell'amministrazione per omessa vigilanza sugli operatori finanziari: Italia e Regno Unito*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 53 ss.; J. BELL, *La responsabilità del Governo, alcune riflessioni comparate*, *ivi*, 27 ss.; AA.VV., *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, in D. FAIRGRIEVE, M. ANDENAS, J. BELL (eds.), *The British Institute of International and Comparative Law*, London, 2002.

30 Cfr. G. ALPA, *Colpa e responsabilità oggettiva nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Pol. dir.*, 1976, 431 ss.; G. CALABRESI, *Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 7 ss.; L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Property Rules versus Liability Rules. An Economics Analysis*, in *Harvard Law Review*, 109, 1996, 713 ss.; I. AYRES, E.T. TALLEY, *Distinguishing Between Consensual and Nonconsensual Advantages of Liability Rules*, in *Yale Law Journal*, 105, 1995, 235 ss.; I. AYRES, P.M. GOLDBART, *Optimal Delegation and Decomposing in the Design of Liability Rules*, in *Michigan Law Review*, 249, 2001, 1 ss.

che il comportamento “doloso o colposo” della stessa³¹. In particolare, si è voluto vincolare la responsabilità da ritardo dell'amministrazione ai tipici elementi costitutivi dell'illecito di cui all'art. 2043 del Codice civile italiano che disciplina la responsabilità extracontrattuale³².

Il tal senso, l'articolo 2-*bis* della l. n. 241/1990³³, prevede che la condotta tenuta dall'amministrazione, per poter essere qualificata *contra ius*, deve concretizzarsi nella lesione di interessi del privato o dell'impresa³⁴, anche non necessariamente patrimoniali, meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, in violazione del dovere generale di *alterum non laedere*³⁵. Rientrando nello schema della responsabilità extracontrattuale, l'illiceità del danno, come dispone espressamente la norma, deve essere direttamente ricollegabile all'inosservanza dolosa o colposa dell'amministrazione che non ha rispettato il termine finale per provvedere.

3.2. I presupposti: ingiustizia, nesso causale, elemento soggettivo

Questa impostazione conduce a ritenere, secondo la tesi avanzata dalla giurisprudenza italiana³⁶, che l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non

31 M. DENTAMARO, *Il danno ingiusto nel diritto pubblico contributo allo studio dell'illecito nella decisione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996.

32 R. CARANTA – L. TORCHIA, *Attività amministrativa e illecito aquiliano, la responsabilità della pubblica amministrazione dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2002, 836-838. Inoltre, si v. sempre R. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano la responsabilità della P.A. dopo la L. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, Giuffrè, 2001.

33 L'art. 2-*bis*, l. n. 142/1990, sembra stabilire un parallelo con la norma di cui all'art. 23 del d.P.R. n. 3/1957. L'art. 23 citato, come si è visto, è rubricato «danno ingiusto». In particolare, la disposizione sancisce la responsabilità del funzionario pubblico prevedendo espressamente che sia «danno ingiusto quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave. La norma precisa che «restano salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti». Inoltre, importante specificazione è inerente alla responsabilità personale dell'impiegato che «sussiste tanto se la violazione del diritto del terzo sia cagionata dal compimento di atti od operazioni, quanto se la detta violazione consista nella omissione o nel ritardo ingiustificato di atti od operazioni al cui compimento l'impiegato sia obbligato per legge o per regolamento».

34 Sul punto, anche se risalente, si v. D. FOLIGNO, *La pretesa responsabilità della pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi*, *Il foro italiano*, 86(8), 1963, 81-82 e 109-110.

35 Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 710 ss.

36 Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2638, in *Resp. cin. e prev.*, 2014, 1001, secondo cui l'inosservanza del termine di conclusione procedimentale comporta, in generale, il risarci-

possono, in linea di principio, presumersi *iuris et de iure* in automatica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo favorevole, ma il danneggiato deve, *ex art. 2697* del Codice civile italiano, provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda. In altre parole, occorre verificare la sussistenza sia dei presupposti di carattere oggettivo:

- i) prova del danno;
- ii) ammontare;
- iii) ingiustizia;
- iv) nesso causale.

Occorre poi provare l'elemento soggettivo:

- a) dolo;
- b) colpa.

A tal riguardo, le corti amministrative hanno affermato che la sussistenza dell'elemento soggettivo non può essere dichiarata in base al solo dato oggettivo della illegittimità dell'atto adottato o dell'ingiustificato protrarsi del tempo utile all'adozione del provvedimento, essendo invece necessaria anche la dimostrazione che l'amministrazione abbia agito con dolo o colpa. Ciò è utile a mostrare come il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile ad un comportamento negligente o ad una intenzionale volontà di nuocere, in palese ed inescusabile contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'articolo 97 della Costituzione³⁷.

mento del danno ingiusto qualora, con dimostrazione del nesso di causalità, questo consegua alla già menzionata inosservanza colposa o dolosa della pubblica amministrazione (art. 2-*bis*, comma 1, l. n. 241/1990). Nei casi espressamente previsti questo comporta il riconoscimento di un indennizzo, il cui titolo a ricevere questo (nelle condizioni previste dalla legge) sorge per il solo fatto del superamento del termine e che, ove concorra con la distinta obbligazione risarcitoria, è detratto dalle somme complessivamente riconosciuta a tale ultimo titolo (art. 2-*bis*, comma 1-*bis*, l. n. 241/1990). Negli stessi termini si è espresso recentemente Cons. Stato, sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5143, secondo cui la responsabilità da ritardo di cui all'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, dev'essere ricondotta, relativamente all'identificazione dei suoi elementi costitutivi, all'art. 2043 c.c. Conseguentemente il danno da ritardo risarcibile non può essere presunto *iuris tantum*, quale effetto scontato del semplice scorrere del tempo, ma è necessaria la verifica della sussistenza dei presupposti di carattere soggettivo e oggettivo, richiesti dalla succitata norma codicistica.

37 TAR Puglia, Lecce, sez. I, 7 aprile 2016, n. 575.

In virtù dell'orientamento della giurisprudenza, si tende a riconoscere il danno da ritardo al ricorrere dei seguenti presupposti:

I) la prova di un danno economicamente apprezzabile nella sfera giuridica del soggetto (ingiustizia del danno);

II) il danno deve essere direttamente connesso con la violazione del termine di conclusione del procedimento da parte dell'amministrazione (nesso causale);

III) la violazione della regola procedimentale (sotto il profilo temporale) deve essere effettivamente imputabile all'amministrazione almeno a titolo di colpa (elemento soggettivo).

Se l'impostazione seguita è quella della natura extracontrattuale della responsabilità, il comportamento dell'amministrazione deve essere allora valutato unitamente alla condotta del privato e/o dell'impresa richiedente che rivestono il ruolo di parti essenziali e attive del procedimento e in tale ruolo dispongono di poteri idonei a incidere sulla tempistica e sull'esito del procedimento stesso attraverso il ricorso ai rimedi processuali e stragiudiziali riconosciuti dall'ordinamento giuridico³⁸.

Per la parte privata sono applicabili le stesse considerazioni valide in materia di obbligazioni sulle condotte potenzialmente idonee che il creditore deve tenere per impedire il verificarsi dell'evento dannoso, in vista di accertare se il danno poteva essere evitato attraverso un uso corretto e tempestivo degli strumenti predisposti dall'ordinamento a tutela della posizione soggettiva di cui il privato e l'impresa sono portatori.

Tra i rimedi vi è la procedura mediante il silenzio dell'amministrazione, che deve essere attivata con tempestività dal privato e dall'impresa al fine dell'accertamento della spettanza del risarcimento, nonché della quantificazione del danno risarcibile, rilevando altrimenti la stessa condotta colposa del privato

³⁸ È di rilevante portata sul punto la ricerca di M. ARONSON, M. GROVES, G. WEEKS, *Judicial review of administrative action and government liability*, Sixth. Pyrmont, N.S.W, 2017.

e/o dell'impresa ai sensi dell'art. 1227 Codice civile. Tale norma stabilisce che se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate³⁹.

3.3. Natura extracontrattuale della responsabilità, alcuni punti critici

Nell'ordinamento italiano, come visto, la giurisprudenza assegna alla responsabilità dell'amministrazione per il danno da ritardo, prevista dalla norma dell'articolo 2-bis, l. n. 241/1990, una natura extracontrattuale ai sensi dell'articolo 2043 del Codice civile⁴⁰. Si tratta, a nostro modo di vedere, di una posizione piuttosto garantista delle prerogative dell'amministrazione pubblica. È paradigmatica la posizione di questa giurisprudenza in un caso dove si stabiliva che il danno da ritardo, se da un lato deve essere ricondotto al danno da lesione di interessi legittimi pretensivi, per l'ontologica natura delle posizioni fatte valere, dall'altro, in ossequio al principio dell'atipicità dell'illecito civile, costituisce una fattispecie *sui generis*, di natura del tutto specifica e peculiare, che deve essere ricondotta all'articolo 2043 del Codice civile, per l'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità⁴¹.

A nostro modo di vedere, affrontando la questione alla luce di quanto sinora si è detto non può sottrarsi l'esistenza di un certo contrasto fra il costante orientamento assunto dalla giurisprudenza in materia di risarcimento del danno da ritardo, a favore dell'applicazione dei canoni dell'illecito extracontrattuale (2043 Codice civile) e l'evoluzione delle norme che disciplinano l'istituto

39 Cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 26 novembre 2015, n. 3032; TAR Lazio, Roma, sez. II-quater, 24 gennaio 2012, n. 762.

40 Cons. Stato, sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5143, in *Responsabilità civ. prev.*, 2016, 1, 295. Sul tema si v. M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 C.c.*, Milano, Giuffrè, 2006.

41 Cons. Stato, Sez. IV, 04 maggio 2011, n. 2675 in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 5, 1507. Di conseguenza l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, «presumersi *iuris tantum*, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo favorevole, ma il danneggiato deve ex art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda».

del termine di conclusione del procedimento amministrativo a garanzia dei diritti dei privati e delle imprese.

Come sosteniamo di seguito, il tentativo da parte della giurisprudenza di vincolare la nuova dimensione della risarcibilità del danno derivante dai ritardi del procedimento alla responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione appare scarsamente idoneo ad assicurare l'efficacia e la tempestività dell'azione amministrativa per la soddisfazione dei diritti dei privati e delle imprese che si rapportano con la sfera (economica) pubblica.

4. Norme di responsabilità e *nudges*

L'interpretazione delle norme preposte a tutela del tempo delle procedure pubbliche è cruciale sul versante del buon andamento dell'amministrazione⁴². Se consideriamo le norme in esame alla stregua di incentivi per i soggetti che operano nel sistema amministrativo, inducendo questi a tenere condotte virtuose, si potrebbe sostenere che tali norme sono idonee ad incrementare esponenzialmente il *surplus* di benessere di ciascun soggetto e più in generale della collettività⁴³.

42 Si v. A. PETRETTO, *L'analisi economica del procedimento amministrativo*, in *Giust.Amm.it*, 10, 2015, 1 ss., ma in part. 4, secondo il quale il procedimento amministrativo ha tutte le caratteristiche di un processo produttivo, per fasi verticalmente integrate, che impiega input produttivi e quindi ne sostiene i relativi costi. L'A. fornisce una formalizzazione da cui è possibile definire una funzione di costo relativa ad un ufficio u : $Cu = C(yu, wu, Ku, qu, eu)$ $u = 1, \dots, U$ dove y_u è il vettore dei tipi di atti amministrativi prodotti dall'ufficio in questione, w_u il vettore dei costi dei fattori, la retribuzione dei funzionari e i costi degli *input* intermedi (spesa pubblica corrente), K_u è lo *stock* di capitale assegnato all'ufficio u (risultato della spesa in conto capitale effettuata in passato). La variabile q_u rappresenta la qualità dei procedimenti, strettamente connessa alla tempestività e all'accuratezza dell'istruttoria, nonché l'estensione e applicazione concreta dell'istituto della partecipazione e del diritto di accedere ai documenti amministrativi che limitano il potere monopolistico di natura informativa detenuto dalla pubblica amministrazione. La variabile e_u rappresenta la produttività del personale dell'ufficio. Sia q_u che e_u sono numeri positivi definiti in un intervallo, da un minimo ad un massimo. In generale, il costo è una funzione crescente di q_u , dato che pratiche tempestive e accurate richiedono l'impiego di risorse, mentre la funzione è costante rispetto agli atti di partecipazione, quando è disposto che i relativi costi ricadono direttamente nei portatori di interessi diffusi. La funzione di costo è viceversa ovviamente decrescente di e_u . Mentre quest'ultima è una variabile puramente organizzativa, la variabile q_u dipende dalla disciplina, in particolare dalle norme volte alla semplificazione del procedimento.

43 Secondo G. ALPA, *Introduzione*, in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, cit., 9, il metodo di analisi economica è «l'applicazione delle teorie dell'economia del benessere al sistema del diritto

Tali norme potrebbero essere viste come un insieme di *nudges* (pungoli) rivolti agli individui per tenere una determinata condotta positiva o negativa. In questa prospettiva, le regole giuridiche introducono un sistema di “prezzi impliciti” per i comportamenti da adottare o non adottare, cosicché qualunque sia il comando di una norma esso può essere trasgredito al prezzo di pagare la relativa sanzione⁴⁴. Le regole giuridiche, collegando prezzi impliciti a ciascuna delle condotte disciplinate, possono condizionare i comportamenti verso la massimizzazione degli obiettivi. Sulla base di questa impostazione, una variazione della regola giuridica condiziona il comportamento alterando la stessa struttura dei prezzi e con essa anche il problema di ottimizzazione affrontato sul mercato. La massimizzazione della ricchezza, fungendo da paradigma per l'analisi delle norme, può quindi essere incentivata o vincolata dalle regole di diritto e il ruolo del diritto viene concepito come mezzo per variare i prezzi.

Una simile impostazione può funzionare soprattutto per le norme della responsabilità civile, le quali più di altre possono assolvere al compito di correggere i fallimenti del mercato. Con la funzione deterrente, la responsabilità civile contribuisce ad innalzare il livello di diligenza del comportamento degli attori in gioco – funzionari e amministrazioni – e a far rispettare gli standard legali vigenti nel contesto di riferimento. In sostanza, il timore della sanzione irrogabile dovrebbe preventivamente indurre i funzionari e le amministrazioni a adottare atti e comportamenti coerenti con il paradigma legale.

D'altra parte, a noi sembra coerente pensare che la disposizione di cui all'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, quando stabilisce che le amministrazioni sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservan-

nel suo complesso».

44 Sul punto, si v. G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, 2009, 15-16. In tal modo il metodo giuseconomico si pone lo scopo di verificare l'efficienza che le regole giuridiche hanno nel conseguire i loro obiettivi. Ogni norma, dunque, viene valutata sulla base della sua idoneità a determinare gli effetti che intende ottenere, ai mezzi utilizzati per la realizzazione di tali effetti e agli oneri che a tale scopo sono fissati in capo ai soggetti privati e ai poteri pubblici.

za del termine di conclusione del procedimento, assolve anche a tale funzione: tradurre la minaccia del precetto – quella di incorrere in responsabilità patrimoniale – in un incentivo volto ad ottenere la diligenza dell'amministrazione nell'adempimento dell'obbligo di concludere tempestivamente il procedimento, vale a dire entro il termine assegnatole dalla legge o dal regolamento.

Se tale disposizione non avrà alcun effetto in via preventiva, allora potrà entrare in gioco, sempre a tutela del rispetto del tempo dei procedimenti pubblici, la disposizione sul risarcimento del danno che dovrebbe permettere ai privati e alle imprese danneggiati dal ritardo dell'amministrazione di ottenere il ristoro economico per il pregiudizio subito. In quest'ultimo caso, la responsabilità civile può così adempiere anche alla sua tipica funzione correttiva, reintegrando per equivalente, attraverso il pagamento di un prezzo, il patrimonio del soggetto danneggiato.

La responsabilità civile, secondo l'impostazione qui offerta, sarebbe idonea ad "internalizzare" i danni prodotti in conseguenza del ritardo dell'amministrazione. L'azione deterrente della responsabilità civile dipende dal fatto che essa vincola chi agisce a computare, nella propria sfera giuridica, anche gli effetti pregiudizievoli che eventualmente si possono riverberare sui terzi.

Allo stesso modo anche la norma di responsabilità di cui all'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, enfatizzando la risarcibilità di privati e imprese che verrebbero lesi da una sua condotta illecita, impone all'amministrazione di valutare gli inconvenienti che si generano nella propria sfera patrimoniale per l'esercizio di un'azione intempestiva che avesse colpevolmente trasgredito il termine di conclusione del procedimento.

Tuttavia, questa potenziale capacità della norma di obbligare a calcolare preventivamente i costi, internalizzandoli nel bilancio economico del soggetto agente, che altrimenti resterebbero esterni, viene limitata dal modo in cui:

- i) si identifica il danno meritevole di ristoro,
- ii) dal criterio di imputazione della condotta illecita;

iii) dalla struttura dei rimedi posti a presidio del danneggiato.

In particolare, i limiti all'azione deterrente delle norme risarcitorie sono cioè contrassegnati da:

a) misura delle esternalità rilevanti ai sensi della legge, ossia dalla quantificazione del danno ingiusto di cui all'art. 2-bis, l. n. 241/1990;

b) dal regime previsto per l'addebito della responsabilità, vale a dire il dolo o la colpa richiamati dall'art. 2-bis citato;

c) dai mezzi di reazione che l'ordinamento giuridico mette a disposizione dei potenziali danneggiati, ossia l'azione risarcitoria per danno da ritardo di cui all'art. 30 del codice del processo amministrativo;

d) dalla possibilità dell'agente di valutare l'opportunità di svolgere l'azione rischiosa in rapporto a calcoli di convenienza personali ed economici, vale a dire una valutazione costi-benefici del risarcimento tra prezzo e sanzione.

Partendo da quest'ultimo profilo, si potrebbe argomentare che un certo comportamento sarà tenuto o non tenuto – e nel caso dell'art. 2-bis, l. n. 241/1990, anche tenuto tardivamente – e il relativo divieto o obbligo sarà rispettato, solo se il prezzo di quel comportamento o della sua omissione siano sufficientemente elevati e quindi tali da rendere più conveniente astenersi o, viceversa, attuarlo. Nel caso del danno ingiusto previsto dall'art. 2-bis, l. n. 241/1990, è possibile supporre che l'amministrazione sarà tanto incentivata a rispettare il termine finale del procedimento, quanto maggiore sarà l'interesse economico sotteso al procedimento medesimo.

5. La responsabilità soggettiva fra benefici e difetti

I criteri di imputazione della responsabilità soggettiva cui l'art. 2-bis della l. n. 241/1990 è caratterizzata dall'essere imputata all'autore di un atto lesivo mediante la valutazione del carattere doloso o colposo della sua condotta. Tale modello di responsabilità mostra come il danneggiato, dovendo sopportare la

responsabilità complementare a quella del danneggiante, sarà incentivato ad assumere particolari cautele.

Nella responsabilità soggettiva ciò avviene proprio perché tale modello si configura nei casi in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto che ha cagionato il danno sono avvenute in violazione di regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione da parte dell'organizzazione, nonché di errori commessi da parte di quest'ultima⁴⁵.

In particolare, nel sistema della responsabilità soggettiva l'ordinamento giuridico richiede che l'amministrazione agisca secondo il criterio della diligenza. Lo standard legale di diligenza, molto usato nell'analisi economica, è quello di Hand. Si tratta di una formula che fa riferimento al costo marginale della precauzione, al valore monetario del danno provocato dal fatto o atto colposo e alla probabilità marginale riferita al verificarsi del fatto/atto che cagiona il danno ingiusto.

Nel caso di specie l'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, prevedendo espressamente il canone della colpa (e del dolo) quale criterio di imputazione per la condotta antigiuridica, incentiva implicitamente l'amministrazione a adottare diligentemente tutte le precauzioni del caso affinché non si verifichi la violazione del termine di conclusione del procedimento.

Uniformandosi alla misura di diligenza richiesta dalla norma, l'amministrazione sarebbe esente da responsabilità anche se un danno effettivamente si verifica e dovrebbe sopportare solo i costi di prevenzione e non già il risarcimento del danno. L'ente pubblico sarebbe portato a comportarsi in maniera diligente, come richiesto dalla norma.

In caso contrario, l'amministrazione dovrebbe sopportare gli interi costi sociali per aver prestato un livello di precauzione inferiore allo standard richie-

45 Sugli errori di organizzazione, si v. D. HOFMANN – M. FRESE (eds.), *Errors in Organizations. SIOP Organizational Frontiers Series*, New York, Routledge, 2011; C. PERROW, *Normal Accidents: Living with High-Risk Technologies*, New York, Basic Books, 1984; J. REASON, *Human Error*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, tr. it. *L'errore umano*, Il Mulino, Bologna, 1994.

sto. Ciò contribuisce a rendere diligente l'azione dei pubblici uffici nel definire le pratiche di privati e imprese in modo efficiente, ossia nel concludere i procedimenti nei tempi fissati dalle leggi o dai regolamenti.

Tuttavia, l'efficienza del sistema di responsabilità soggettiva va incontro ad alcuni importanti limiti che possono sintetizzarsi come segue.

I) Il primo limite mostra la difficoltosa gestione normativa e giudiziale che la responsabilità soggettiva comporta, la quale impone al legislatore di calibrare e al giudice di determinare in via applicativa le precise caratteristiche della condotta diligente corrispondente al livello di precauzione socialmente ottimo, operazione questa non particolarmente facile, soprattutto se riferita a norme, come quella di cui all'articolo 2 della l. n. 241/1990, che disciplinano il tempo del procedimento amministrativo.

II) A simili difficoltà valutative, insite nel concetto stesso di colpa, si aggiunge l'ulteriore fattore di rischio costituito dalla frequenza con cui viene svolta l'attività dannosa, ossia dal livello di efficienza dell'attività. Dato che la maggiore frequenza nello svolgimento di attività dannosa aumenta la probabilità di causare danni, il criterio della responsabilità soggettiva potrebbe non essere in grado di incidere su tale variabile, poiché generalmente il requisito della diligenza attiene alle modalità di realizzazione di un comportamento e non già alla frequenza del compimento dello stesso.

Mentre le amministrazioni danneggianti sottoposte ad un regime di responsabilità oggettiva hanno tutto l'interesse a non eccedere nell'esercizio di attività dannose, mantenendosi entro i limiti di un livello efficiente di attività, le potenziali amministrazioni danneggianti vincolate al criterio della responsabilità soggettiva, una volta rispettato lo standard legale di diligenza mediante l'adozione del livello efficiente di precauzioni, non sono affatto incentivate a mantenere un livello di efficienza dell'attività, non subendone le conseguenze in termini di responsabilità.

Al contrario, l'assolvimento dei diritti e degli interessi di privati e imprese richiede che, oltre all'adozione del livello precauzionale efficace, l'amministrazione aumenti il livello di efficienza dell'attività fin quando l'incremento dell'utilità, derivante dal miglior livello di attività, non ecceda la crescita dei prevedibili costi totali derivanti dai danni.

III) Un elemento ulteriore e non trascurabile che denota l'inefficienza del regime di responsabilità extracontrattuale è da identificarsi nelle conseguenze distributive – in termini di minore equità – che da esso derivano. In particolare, la responsabilità soggettiva restringe notevolmente le possibilità risarcitorie delle persone e ne disincentiva la soddisfazione.

IV) Il sistema fondato sulla colpa comporta costi amministrativi maggiori sotto il profilo probatorio, perché maggiori saranno gli oneri per i soggetti danneggiati di provare la condotta negligente dell'amministrazione.

V) In un sistema di responsabilità soggettiva, gli errori attinenti alla fissazione del paradigma legale di diligenza influenzano in modo diretto il contegno dell'amministrazione danneggiante, in quanto uno standard legale non coincidente con il livello socialmente ottimale di prevenzione per difetto o per eccesso provoca il ricorso a misure preventive rispettivamente insufficienti o eccessive, comunque inefficienti per la soddisfazione dei diritti di privati e imprese. La sola incertezza circa il criterio normativo di diligenza fissato in un sistema di responsabilità colposa può portare inevitabilmente le potenziali amministrazioni danneggianti ad incrementi non efficienti delle proprie misure di prevenzione⁴⁶.

46 Inoltre, il criterio di responsabilità colposa può subire una parziale metamorfosi in relazione all'intervento di istituti quali il c.d. concorso di colpa (*contributory negligence*) e del c.d. concorso di colpa con colpa comparativa (*comparative negligence*). Come affermato dalla dottrina, il favore per un sistema di responsabilità per colpa si giustifica ove si consideri che anche l'amministrato può utilmente contribuire alla prevenzione o comunque alla riduzione del danno. Così F. FRACCHIA, *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005, 147 ss., secondo il quale la colpa può essere considerata quale regola atta a distribuire l'onere di «autoprotezione» tra danneggiante e vittima.

6. La responsabilità contrattuale

6.1. Il rapporto legale tra privati, imprese e amministrazione

Le considerazioni appena svolte denotano, soprattutto sul versante della tutela dei privati e delle imprese che possono subire un danno dal ritardo nella conclusione del procedimento da parte dell'amministrazione, la scarsa efficacia del modello di responsabilità di cui all'articolo 2-*bis*, l. n. 241/1990.

In questa parte, offriremo una diversa lettura della norma in questione in vista di sostenere il modello di responsabilità contrattuale come sistema efficace, efficiente e capace di tutelare maggiormente i diritti e gli interessi delle sfere private nel mercato⁴⁷.

La responsabilità contrattuale si fonda sul seguente schema giuridico. Alla base abbiamo un rapporto legale tra i privati, le imprese e l'amministrazione pubblica. Tale rapporto si costituisce dapprima in forza dell'instaurarsi del procedimento, poi in virtù dell'obbligo che sorge in capo all'amministrazione di concludere il procedimento, come previsto dall'articolo 2, l. n. 241/1990.

La violazione dell'obbligo determina una responsabilità di tipo contrattuale assoggettata al regime dell'articolo 1218 del Codice civile italiano. L'articolo 1218 stabilisce la regola secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

6.2. Inversione dell'onere della prova e diritti procedurali

⁴⁷ Ma anche nella c.d. responsabilità da «contatto amministrativo qualificato» recentemente proposta dalla dottrina e sui cui si v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 649 ss.; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto civile*, Milano, 1995, 147 ss.; E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2001, III, 18 ss.; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 213 ss.

Nella responsabilità contrattuale, l'elemento soggettivo dell'illecito e la sua prova spettano all'amministrazione, la quale deve allegare a sua discolpa i motivi ostativi alla tempestiva conclusione del procedimento amministrativo.

Si può argomentare, dunque, come l'impatto maggiore che provoca l'assunzione del modello di responsabilità contrattuale non risiede tanto nella presunzione della colpa in capo all'amministrazione danneggiante, che pure avrebbe un effetto dirompente. Al contrario, un aspetto fondamentale attiene al riparto dell'onere della prova sull'elemento psicologico, che sottrae impresa e privati danneggiati dal provare la colpa dell'amministrazione danneggiante, imponendo a quest'ultima di dimostrare che l'inadempimento è dovuto a cause ad essa non imputabili.

A noi sembra che la fattispecie dell'art. 2-bis, l. n. 241/1990, prevedendo la pretesa ad una risposta certa e tempestiva dei privati e delle imprese nei confronti dell'amministrazione, abbia voluto configurare un diritto procedimentale ascrivibile al novero di quelle situazioni giuridiche che non mettono in gioco il risultato, rispetto al quale sono indifferenti, ma solo il dovere di concludere il procedimento⁴⁸.

In questa prospettiva, l'art. 2-*bis*, comma 1, della l. n. 241/1990, come si è avuto modo di vedere, proprio perché ha introdotto nell'ordinamento italiano il principio della risarcibilità del danno da ritardo, anche a prescindere dalla spettanza del provvedimento richiesto, ha inteso accordare al diritto procedimentale di persone e imprese una tutela risarcitoria autonoma rispetto all'interesse a conseguire l'utilità finale o bene della vita⁴⁹.

Per questa ragione, secondo il nostro punto di vista, l'art. 2-*bis*, l. n. 241/1990 fonda una responsabilità di tipo contrattuale regolata in quanto tale dall'articolo 1218 del Codice civile italiano.

6.3. L'indennizzo automatico del danno da ritardo

48 Si v. G. D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile*, Torino, 2003, 57.

49 Si v. A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli, 2013, 178.

La natura “contrattuale” della responsabilità è confermata dall’introduzione del comma 1-*bis* all’interno dell’art. 2-*bis* della l. n. 241/1990, con cui il legislatore italiano ha previsto un indennizzo per il mero ritardo da corrispondere all’interessato in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento⁵⁰.

Con tale disposizione, si è inteso realizzare un meccanismo tipico della responsabilità contrattuale, assimilabile per certi versi alla previsione di cui all’art. 1382 Codice civile italiano. Quest’ultima norma, disciplinando gli effetti della clausola penale in caso di inadempimento o di ritardo nell’adempimento dell’obbligazione, ha la funzione di esonerare il creditore dall’onere di provare il danno da inadempimento, in quanto ne costituisce liquidazione anticipata, e al contempo di incentivare l’adempimento del debitore, il quale conosce sin dall’inizio l’entità della prestazione cui è tenuto se inadempiente.

Allo stesso modo, la disposizione di cui al comma 1-*bis* dell’art. 2-*bis*, l. n. 241/1990, è finalizzata a sanzionare l’amministrazione, attraverso la corrispondenza al privato/impresa istante di una prestazione risarcitoria determinata in modo forfettario e automatico, per il mancato o ritardato adempimento dell’obbligo di concludere il procedimento nel termine.

La norma sembra rafforzare la responsabilità in capo all’amministrazione, secondo lo schema dell’art. 1218 Codice civile, per prevenire il danno che conseguirebbe dalla condizione di incertezza sulle sorti del procedimento qualora questo non si concluda entro il termine prestabilito dalla norma o dal regolamento.

7. Conclusioni

In questo articolo abbiamo analizzato le norme sulla responsabilità civile di funzionari e amministrazioni per violazione del termine finale del procedi-

⁵⁰ Sul tema generale dell’indennizzo, da ultimo, si v. A. GIANNELLI, *Indennizzi da attività illecita delle pubbliche amministrazioni: una nuova ‘rete di contenimento’?*, in *Diritto e società*, 2020, 509-548.

mento e abbiamo argomentato come tali norme svolgano una importante funzione precauzionale nel minimizzare l'incidenza dei costi che derivano dai comportamenti lesivi delle situazioni giuridiche soggettive protette di privati e imprese nel contesto economico⁵¹.

Abbiamo sostenuto come la disciplina della responsabilità civile di funzionari e amministrazioni diviene un utile strumento per la tutela del fattore temporale del procedimento, laddove riesce a internalizzare i costi esterni provocati dall'inosservanza del termine, obbligando i funzionari e gli enti che causano ingiustamente un danno a risarcire privati e imprese.

In questo modo, funzionari e amministrazioni che si trovano a prendere una decisione – ma la stessa cosa vale, nel nostro caso, per chi colpevolmente si trovi a non prendere alcuna decisione o a prenderne una troppo tardi – sono incentivati a tenere conto degli ipotetici effetti pregiudizievoli che la propria condotta – attiva, omissiva o tardiva – potrebbe causare a privati e imprese. Tale condizione dovrebbe indurre, tramite appositi *nudges*, pubblici ufficiali e amministrazioni a prendere adeguate misure precauzionali che impediscano, in virtù di una stima probabilistica, il danno a sua volta fonte di un obbligo risarcitorio non conveniente⁵².

Se così fosse la responsabilità civile non solo potrebbe garantire l'effettività e la certezza, ma fornirebbe un formidabile incentivo al buon andamento dell'azione amministrativa sotto il profilo temporale, preordinando l'operato dei funzionari al rispetto del termine entro il quale il procedimento deve concludersi, in modo da favorire la tempestività dell'agire amministrativo per il soddisfacimento dei diritti di privati e imprese secondo i canoni del buon andamento e dell'imparzialità, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione italiana.

Tuttavia, ciò impone ancora di vagliare a tale scopo i criteri seguiti nel contesto legale di riferimento per l'imputazione di tale responsabilità. In base a

51 G. CALABRESI, *Il costo degli incidenti e responsabilità civile: un'analisi economico-giuridica*, cit., *passim*.

52 Sul punto cfr. G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, cit., 282-283.

come vengono interpretate, le norme risarcitorie producono effetti molto diversi fra di loro, talvolta finanche diametralmente opposti. Spesso accade che il criterio ermeneutico, nonostante si riveli particolarmente adatto, non riesca a fugare del tutto il pericolo della dispersione e della vaghezza. Sicché il rinvio da parte delle norme sul procedimento amministrativo alla responsabilità civile si dimostra mezzo interpretativo tutt'altro che agevole da gestire e per diverse ragioni.

Non è scontato che gli incentivi o i risultati associabili alla predisposizione di una tutela per equivalente assicurino il raggiungimento dello stato più prossimo a quello che la collettività avrebbe reputato desiderabile o di cui avrebbe usufruito grazie a comportamenti osservanti. Una sanzione risarcitoria non efficacemente adattabile potrebbe spingere ad esiti divergenti dagli obiettivi programmati dalla norma violata, anche più di quanto non lo sarebbero le implicazioni della rinuncia al rimedio extracontrattuale⁵³, di quello contrattuale o ancora di quello per responsabilità oggettiva. Talvolta, poi, le scelte legislative o le decisioni giurisprudenziali rivelano la consapevolezza che un eccesso di deterrenza potrebbe provocare costi – in termini di mancata produzione di utilità – maggiori rispetto ai danni che essa sarebbe in grado di evitare⁵⁴.

Sebbene si tratti di preoccupazioni fondate, le considerazioni appena svolte non mettono in seria discussione i benefici che l'utilizzo della responsabilità civile può apportare per l'ordinamento giuridico. La prevenzione degli atti pregiudizievoli attuata con la minaccia del trasferimento dei relativi oneri e l'attenuazione dell'incidenza del danno che si sia comunque verificato, perseguita *ex post* con la distribuzione delle perdite, sono ricomposte nell'obiettivo unitario di ridurre, per gli individui e per la società, i costi dei comportamenti vietati e dannosi.

53 Si v. M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano, Giuffrè, 129 ss.

54 Si v. P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. prin.)*, op. cit., 90 ss., ma in part. 101. Con riferimento al comportamento amministrativo, si v. il risalente lavoro di M. MAZZA, *In tema di responsabilità della pubblica Amministrazione con riguardo all'illecito di polizia*, Il foro italiano, 75, 1952, IV.

È in questa logica che la responsabilità civile dei funzionari e dell'amministrazione dovrà perseguire l'obiettivo di ottenere il massimo rispetto dei tempi di conclusione del procedimento a garanzia delle situazioni soggettive di privati e imprese che operano nei vari settori del mercato.

Se è vero che tale prospettiva non è da sola sufficiente per un sistema ottimale di responsabilità civile di funzionari e amministrazione, è altrettanto vero che questa prospettiva è quanto meno necessaria. Alla responsabilità civile dovrà guardarsi come modello di ottimizzazione di molti comportamenti amministrativi e dei costi sociali conseguenti, al tempo stesso tenendo presenti le esigenze di deviare da tale percorso in nome di ragioni etiche e di equità, le quali faranno preferire soluzioni meno efficienti.

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics
2022 n. 2 Vol. XI